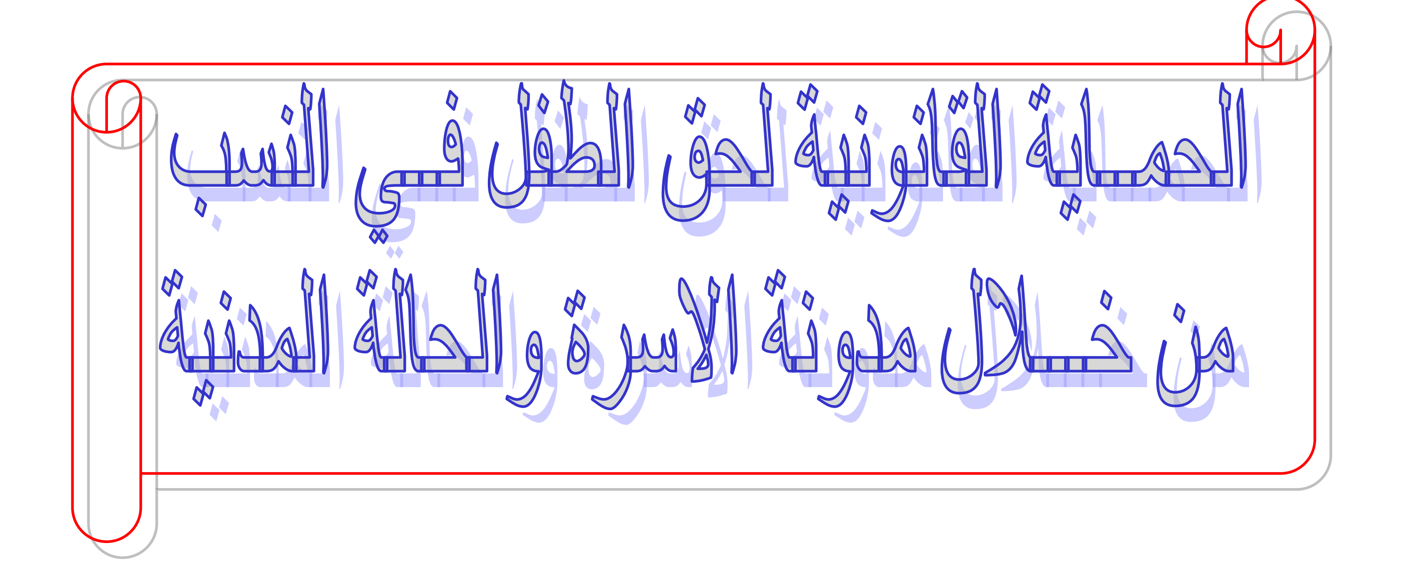


جامعة محمد الخامس
السويسي - الرباط

بحث لنيل الإجازة في الحقوق

تحت عنوان:



إعداد الطالبين:

وليد صالح احمد عبدالرب

ادريس عبابسي

تحت إشراف:

د. حياة البراقي

السنة الجامعية: 2008- 2009

مقدمة عامة:

داخل أي مجتمع من المجتمعات تكون الطفولة الأرضية الصلبة لمستقبل كل أمة و زينة الحياة الدنيا،وهدية الله عزوجل إلى الوالدين وأملها في المستقبل ،ولهذا غرس الله في الإنسان حب التناسل وغريزة حفظ بقاء نوعه.

والنسب هو القرابة وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة ، وجعل لتحقيق هذه الغاية وسيلة مشروعة هي الزواج، قال سبحانه وتعالى : ↓ :{③♦⏲✵ℹ❒⑨🙠&❑✍
✂✍⚇🔘☐✍☐↓ ✂✍✍✺☽➔❑✂☎ ⑥◆📪✸▤↗☠↖ ✂✍✎⅄🔔♉❽
🏵⬩■🔚☽⬩▤↗📪 👌♓♉♊ ☼❄▦⬂▪💾 ❒◆⏲■♉⑨⍄❑▭ ❒◆⌘⍄🔚■📪⬩
👌♉❄⬀♉❑⍄ ✍◆❄◆⬀✍◆❄◆🕈 ✍◆🕸◆❒ ♉❄⬀♉😐◆✍
⑥🗸♊⍄♎⏰⬩ ✂☪❷♉✠⍄⌧📫 ✂☪⬩🔔⍄♊♐⬩❒◆♦◆♓○✽✍✍⬈☯...🗐 ⬀⬂⬁ }[1]. وبذلك عرف نظام الزواج بالوسيلة التي تضفي ال مشروعية على العلاقة الرابطة بين الزوجين طريقا لنشر الفضيلة وتنظيم الروابط وما ينتج عن ذلك من ثبوت النسب للولد ووسائل نفيه . فإذا ثبت نسب الطفل ثبت له سائر الحقوق الأخرى بصورة تلقائية وشرعية. لهذا فأي حمل خارج مؤسسة الزواج يعتبر حملا غير مشروع، يتولد عنه بالتالي طفل غير شرعي، ينسب لتلك العلاقة بغير رضا أو علم ، ليصبح تبعا لذلك رمزا للشقاء، لا أحد يرغب فيه حتى أهله وفي المقام الأول أسرة أمه خصوصا،لأن الشريك غالبا ما يتملص من مسؤوليته بسقوط أقنعة الوعود الكاذبة والمصالح الآنية.

من هنا إذن يبدو أن حرمان الفرد من النسب يعني حرمانه من أهم حقوقه على الإطلاق، وإلحاق حيف وظلم به، و مس بهويته، مما قد يؤدي به إلى الضياع بوجه أو بآخر، رغم أن المبدأ والواقع أنه مولود من شخصين أب وأم.

ويتم إثبات نسب الطفل أما عن ط ريق الفراش أو بإقرار الأب أوالشبهة ،أو بشهادة عدلين أو بينة السماع ،وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا ،بما في ذلك الخبرة الطبية .

وقد أثار موقف القضاء المغربي فيما يتعلق بإعمال الخبرة الطبية وتقديرها في مجال إثبات النسب أو نفيه في ظل مدونة الأ حوال الشخصية القديمة موجة من الانتقادات في أوساط الفقه المغربي الذي لم

---

[1] سورة النساء الآية 1.

يخف استغرابه ودهشته من الرفض الذي كان يبديه القضاء وفي أعلى درجاته ومستوياته لأي تعامل إيجابي مع المعطيات الطبية التي يتمسك بها الأطراف عند التنازع في قضايا النسب .[2]

وقد عرف عن القضاء المغربي تشدده الكبير في هذا الصدد ،وخاصة فيما يخص نفي النسب الذي كان يحيل فيه دائما على مسطرة اللعان ،فلم يقبل الشكاية بالخيانة الزوجية لنفي النسب .[3] وأنهت مدونة الأسرة الجدل الفقهي والقضائي وبددت الغموض الذي كان يحوم حول موضوع قبول الخبرة الطبية والتحاليل الجينية في مجال إثبات ونفي النسب ،وأعلن المشرع المغربي صراحة وفي عدة مواد من مدونة الأسرة قبوله بالخبرة القضائية.[4]

و الحالة المدنية في العصر الراهن تمثل القاعدة الأساسية للتعريف بكل شخص ،وذلك عن طريق تحديد وضعيات الأفراد والتعريف بهويتهم إزاء باقي أفراد المجتمع والسلطات العامة طبقا للمناهج والطرق المحددة قانونا ،والتي تعمل على ضبط الإنسان من ولادته إلى وفاته ،وتتيح له إمكانية إثبات هويته وبالتالي التمتع بحقوقه .[5] عن طريق ضبط المواليد وإثبات الاسم العائلي وتحديد جميع البيانات الأخرى اللازمة لجمع كل المعلومات التي تهمه . و موضوع إثبات النسب بوثائق الحالة المدنية كثيراً ما أثار إشكالات حول قيمة هذه الوثائق في إثبات النسب.

من هذا المنبر يكون من المفيد جدا دراسة موضوع النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية، أي مدى اعتباره حقا من حقوق الطفل، وكيف يمكن حمايته وتأسيسه . وفي هذا الإطار يندرج موضوع ه ذا البحث الذي اخترنا له كعنوان :"الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية".

ومما لاشك فيه أن دراسة موضوع هذا البحث لا تخلو من أهمية نجملها فيما يلي:

* محاولة إبراز مظاهر حماية التشريع المغربي لنسب الطفل الناتج عن الزواج.

* محاولة رسم صورة مبسطة من الناحية العلمية عن ماهية البصمة الوراثية والفحص الدموي عندما يتعلق الأمر بمعرفة نسب الطفل الحقيقي عن طريق الخبرة القضائية.

* محاولة إبراز كيفية التصريح بولادة الطفل وتسجيله في الحالة المدنية.

---

[2] محمد الكشبور :(مركز الخبرة الطبية في مادة الأحوال الشخصية)،مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد مزدوج يناير فبراير ومارس ابريل 1997،ص13وما يليها.

[3] إدريس الفاخوري :نفي واثبات النسب بالتحاليل الطبية:"مقاربة تشريعية وقضائية وفقهية "،م س ،ص89.

[4] يوسف وهابي:"تحاليل البصمة الوراثية (أ.د.ن.A.D.N) ودوره ا في إثبات ونفي النسب دراسة مقارنة ،مجلة الملف العدد 8-أبريل 2006،ص17.

[5] محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش: 2004. ص: 142.

* محاولة إيضاح مدى قيمة وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب.

لذلك كله، انصب اختيارنا لدراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي، حيث سنقوم كمرحلة أولى بوصف وتحليل ما هو كائن في مدونة الأسرة المغربية، ثم في المرحلة الثانية مناقشة وتحليل ماجا في الحالة المدنية.

وعليه تتحدد إشكاليات الموضوع في إشكاليتين رئيسيتين على الشكل التالي:

كيف يمكن إثبات النسب في القانون المغربي ؟ ثم كيف يمكن نفيه ؟ وما هو دور الوسائل العلمية الحديثة في إثبات ونفي النسب ؟

وكيف يتم التصريح بالولادة وتقييدها في الحالة المدنية ؟ ومدى قيم ة وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب؟

إن هذه التساؤلات وغيرها هي التي سنحاول مقاربتها على امتداد هذه الدراسة ،لذلك سنحاول الإجابة عنها قدر الإمكان ،وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة

الفصل الثاني: الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال الحالة المدنية

الفصل الأول:الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة

تمهيد:

عرف المشرع النسب طبقا للمادة 150 من مدونة الأسرة بأنه « لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف » أي صلة شرعية بينهما وتنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد، وهكذا من السلف إلى الخلف، فهو تعريف يقترب نوعا ما من تعريف الوراثة.[6]

قد اعتبر المشرع تلك الصلة التي تربط الابن بشخص معين هي عماد النسب [7]،وأن هذا النسب هو من الأشياء التي اولاها الإسلام عناية فائقة ،حيث خصه بتنظيم محكم يحقق هدفين سامين ،ألا وهما المحافظة على طهارة الأنساب وأن يكون لكل إنسان نسب شرعي .[8] والقاعدة العامة أن النسب لا يحتاج إلى تأكيده، فهو ثابت مادامت العلاقة الزوجية قائمة، إلا إذا نازع أصحاب المصلحة من أب أو ورثة أو غيرهم في نسب الولد ، وهذا النزاع موضوعه هو نفي النسب ، الذي لا يكون إلا بحكم قضائي.[9]

ومن خلال ما سبق سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث : حيث سنتعرض إلى طرق إثبات النسب (المبحث الأول) وطرق نفي النسب (المبحث الثاني) ثم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في إثبات النسب ونفيه (المبحث الثالث) . وذلك على النحو الأتي :

المبحث الأول: طرق إثبات النسب

تنص المادة 158من مدونة الآسرة على انه : ((يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب ،أو بشهادة عدليين ،أو ببينة السماع ، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا ، بما في ذلك الخبرة الطبية)) .

كما تنص المادة 152من نفس المدونة على ما يلي : ((أسباب لحوق النسب :

الفراش؛

الإقرار؛

الشبهة)) .

---

[6] تعريف الوراثة كالتالي : ((هي انتقال خصائص السلف إلى الخلف عن طريق التناسل)) .

[7] محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء، 2006، ص363.

[8] محمد ابن معجوز ،الجزء الثاني أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية ،الولادة ونتائجها ،الطبعة الأولى سنة 1994 ,ص8.

[9] محمد الأزهر ، نفس المرجع ،ص364.

ومن خلال هذين النصين سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، سنخصص المطلب الأول للحديث عن إثبات النسب بواسطة الفراش ، وفي المطلب الثاني إثبات النسب بواسطة الإقرار ، على أن نخصص المطلب الثالث لإثبات النسب با لبينة .

المطلب الأول: إثبات النسب بواسطة الفراش

طبقا لما جاءت به المادة 153 « يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية»، حيث يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب ، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان ، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين :

- إدلاء الزوج المعني بالأمر بدلائل قوية على ادعائه.
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

أولا: تعريف الفراش

يقصد بالفراش ، من الناحية اللغوية : ما يبسط عادة للنوم أو للجلوس عليه ، ويكنى به عن المرأة التي يستمتع بها الرجل، يقول جل شأنه : ((وفرش مرفوعة إنا أنشأنهن إنشاء فجعلنهن أبكاراً عربا أترابا لأصحاب اليمين [01])) ذلك انه قد كنى سبحانه وتعالى بالفراش عن النساء،وهن الحور العين .

ويقصد بالفراش من الناحية الاصطلاحية : الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة ،أو كون المرأة معدة للولادة من رجل معين ،وهو لا يكو ن إلا بالزواج الصحيح وما أ لحق به ، فإذا ولدت الزوجة بعد زواجها – بشروط سيأتي بيانها – ثبت نسبه من ذلك الزواج ، دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك ، لما رواه الجماعة عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (الولد للفراش وللعاهر الحجر [11]).

والسبب في ثبوت الفراش ، دون التوقف على إقرار أو بينة ، هو أن الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين ، ويجعل الزوجة مختصة بزوجها ، يستمتع بها وحده ، وليس أبدا لغيره أن يشاركه في ذلك الاستمتاع . فإ ذا جاءت بحمل أو ولد ،فهو يقينا من زوجها ،واحتمال انه من غيره احتمال مرفوض إذ الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح حتى يثبت العكس بالطرق التي حددها المشرع حصرا في هذا الصدد [21].

---

[01] الآية من 34إلى 38 من سورة الواقعة.

[11] مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام ،دار النهضة العربية –بيروت ،ص 683.

[21] محمد الكشبور ،شرح مدونة الأسرة ،الجزء الثاني انحلال ميثاق الزوجية ،الطبعة الأولى 2006،ص234و235.

ثانيا : شروط الفراش

يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب إذا توفرت شروطه ،وهي كالتالي :

1- إبرام عقد زواج صحيح

2- انصرام مدة الحمل

3- إمكانية حمل الزوجة من زوجها.

1- إبرام عقد زواج صحيح

إن الزواج الصحيح الذي استجمع سائر أركانه وكل شروط صحته هو زواج مرتب لكافة آثاره الشرعية في الحال . وأهم هذه الآثار بطبيعة الحال ، ثبوت نسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية لصاحب هذا الفراش دون غيره .

وهذه القاعدة بديهية في الشرع الإسلامي ، وقد تبنتها مدونة الأسرة من خلال عدة نصوص قانونية ، منها المادة 50 والمادة 51 والمادة 152 ونظرا للغاية السامية والنبيلة التي توخاها الشارع من وراء تقرير قاعدة ((الولد للفراش)) والمتمثلة في حفظ الأنساب من الاختلاط ومن الإنكار ما أمكن ، فإن القضاء يتشدد عادة وهو بصدد إ عمالها بكيفية يتضح معها أحيانا أ نه متعسف في حق الزوج وظالم له [31]. وفي هذا الاتجاه ، قررت المادة 151 من مدونة الأسرة أن : ((النسب يثبت بالظن ...)).

وإذا كانت ا لقاعدة هي أن الزوجية الصحيحة فراش يثبت بها النسب ، فإن المصلحة قد اقتضت أن يثبت النسب في نكاح بشبهة (أ) وفي الزواج الفاسد (ب) وذلك حماية للنسب من الضياع وحماية لأعراض بعض النساء .

أ- إثبات النسب من الاتصال بشبهة

تنص المادة 155 من مدونة الأسرة على ما يلي :((إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة مابين اقل مدة الحمل وأكثرها ، ثبت نسب الولد من المتصل . يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا)).

المقصود بالدخول بشبهة، أن يظن الرجل أن مباشرته بالمرأة مشروع، مع أ نه ليس كذلك أو كأن تزف إليه امرأة، ثم يتبين أنها ليست زوجته التي عقد عليها.

---

[31] محمد الكشبور,مرجع سابق ،ص236.

فإذا دخل رجل على امرأة بشبهة ، وأنجبت منه ابنا فإن الابن ينسب له ، بالشبهة ، لأن المرأة تكون فراشا لمن دخل بها بشبهة ،وإذا لم يكن الدخول بشبهة ، بل مجرد زنا فلا يعتد بهذا في لحوق النسب ، حتى ولو تزوج من المرأة التي زنا بها ، لأنها أصلا ستنجب لأقل مدة الحمل من تاريخ العقد عليها ، ولا يثبت النسب بالفراش حتى وان مضى على عقد الزواج أكثر من ستة أشهر ،لأن الحمل واقع قبل العقد ، فلم يكن هناك فراش وقت الزنا ، وإذا أقر الرجل انه ابنه ثبت النسب بالإقرار .

والشبهة تثير الكثير من المشاكل في إ ثباتها ، لأن الزاني قد يحاول التستر بالشبهة ، وعلى هذا الأساس يؤكد المشرع على ضرورة إثباتها ، وله في ذلك جميع الوسائل الشرعية في الإثبات ، أما إذا كانت المرأة متزوجة فإن الولد ينسب إلى الزوج ، وإن كان لهذا الأخير أن ينفيه عن طريق اللعان بمجرد رؤية الحمل [41].

ب – ثبوت النسب في الزواج الفاسد

ينقسم الزواج الفاسد طبقا للمادتين 60 و 61 من مدونة الأسرة إلى زواج فاسد لصداقه وزواج فاسد لعقده.

الزواج الفاسد لصداقه هو الذي اختل فيه شرط الصداق كأن يسمى للزوجة صداقاً مما لا يصح التعامل به شرعا. ولا يطرح هذا الزواج أي أشكال على مستوى النسب مادام أ نه يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بصداق المثل [51]. وحسب المادة 61 فإن الزواج يكون فاسدا لعقده في الحالات التالية:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.
- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا .
- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه .

أما الزواج الفاسد لعقدة فيفسخ قبل الدخول وبعده، أي أنه لا يقبل التصحيح غالبا [61].

ولم يتطرق المشرع بكيفية صريحة إلى مسألة ثبوت النسب في الزواج الفاسد لعقده وإنما نص في المادة 64 من مدونة الأسرة ، وبصيغة العموم على ما يلي :((الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60

[41] محمد الأزهر ،مرجع سابق ،ص371.
[51] محمد الكشبور ،مرجع سابق ،ص241.
[61] قرار المجلس الأعلى ،الصادر في 1967/10/13،منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ،العدد الأول ،ص41 وما يليها.

و 61 أعلاه ،لا ينتج أي أثر قبل البناء وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه)).

ونستنتج من هذا النص أن الزواج الفاسد لعقده يرتب آثار الزوا ج الصحيح ، متى تم بناء بالزوجة ومن ثمة فـإن النسب يثبت به دون اعتبار لنيته ، أي سواء كان الزوج حسن النية أم سيء النية [71].

2- انصرام مدة الحمل

تنص المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: (يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال ، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا.

إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق.

يتضح من خلال النص السابق أن أقل مدة الحمل من الناحية القانونية هي ستة أشهر (أ) وأقصى مدة الحمل هي سنة من تاريخ الفراق (ب).

أ – أقل مدة الحمل

يقصد بأقل مدة الحمل أقصر مدة يمكن أن يمكثها الحمل في بطن أمه . وأقل مدة الحمل با تفاق الفقهاء ، هي ستة أشهر لقوله تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) وقوله تعالى : (وفصاله في عامين). فقد دلت الآية الأولى عن الحمل والفصال معا ، أما الثانية فتعني مدة الفصال أربعة وعشرون شهرا ، نطرحها من ثلاثين شهرا ، تبقى مدة أقل الحمل ستة أشهر.

وبهذا أخذ المشرع المغربي أي إثبات النسب بالفراش ، إذا كانت أقل مدة الحمل ستة أشهر وأمكن اتصال الزوج بزوجته جنسيا، ويدخل في حكم عدم الاتصال الطلاق قبل الدخول،أو كون زوج مجبوبا أو مخصيا [18].

ب – أقصى مدة الحمل

يقصد بأقصى مدة الحمل أكبر مدة يمكن أن يمكثها ذلك الحمل في البطن . وبخلاف أقل مدة الحمل – وهي ستة أشهر التي وقع عليها الإجماع الفقهي طبقا لما سبق بيانه – فقد اختلف الفقهاء حول أقصى مدة الحمل.

فذهب الحنفية إلى القول بسنتين واستدلوا بقول عائشة رضي الله عنها : ((ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل)) ، أي مقدارا يسيرا ، وهذا القول لا مجال للرأي فيه ولم

---

[71] محمد الكشبور ،مرجع سابق ،ص241.

[18] محمد الأزهر ،مرجع سابق ،ص368.

ينزله الفقه منزلة الحديث ، ويرى الشافعية والحنابلة أن أقصى مدة الحمل هي أربع سنين والمالكية يقولون بخمس سنين ، ويذهب بعض المالكية وم نهم محمد بن عبد الحك م المالكي إلى القول بسنة قمرية أي سنة ، وقال الظاهرية بتسعة أشهر [91].

وقد اعتمد واضعو مدونة الأسرة ومن قبلهم واضعو مدونة الأحوال الشخصية – رأي محمد بن عبد الحكم عندما قرروا من خلال مقتضيات البند الثاني من المادة 154 من تلك المدونة أن أقصى مدة الحمل سنة.

ولم يبين المشرع المغربي هل المقصود بأقصى أمد الحمل السنة القمرية أم السنة الشمسية ، علما أن الفرق كبير بين السنتين (إحدى عشر يوما). وقد اعتمد القضاء المغربي في أحد قراراته السنة الشمسية – وهذا التأويل وان كان أصلح للحمل أو الولد، فيه تحريف لرأي الفقيه محمد ابن عبد الحكم، وخرق لمقتضيات المادة (400) من مدونة الأسرة[02].

ومن خلال ما تقدم نجد أن أقل مدة الحمل تبدأ من وقت إبرام عقد الزواج، وأقصى مدة الحمل تبدأ من تاريخ انتهاء عقد الزواج، وكيفما كان سبب ذلك سواء أكان طلاقاً، أم وفاة، أم فسخاً.

3 – إمكانية حمل الزوجة من زوجها

ترتبط فكرة الولد للفراش – بالإضافة إلى الشرط الخاص بالمدة – بشرط اخر لا يقل أهميته عنه ، ويتعلق الأمر بإمكانية اتصال الزوج بزوجته وبإمكانية إنجابها منه .

أ – إمكانية الاتصال

تجمع المذاهب السنية الثلاثة، المالكي والشافعي والحنبلي، على أن عقد الزواج يجعل المرأة فراشا للزوجية ، على أساس انه يبيح للزوج الاتصال بها جنسيا ، وهذا الاتصال هو السبب الحقيقي للحمل عندهم. وعليه، وبالمفهوم المعاكس، إذا انتفى التلاقي بين الزوجين، وجاءت الزوجة بولد ، لم يثبت نسبه من الزوج ، لأن شروط الفراش لم تكتمل.

وقد سايرت المدونة الجديدة للأسرة موقف جمهور الفقهاء – ومن ضمنهم المالكية – عندما قررت من خلال مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة أنه: ((يثبت نسب الولد بفراش الزوجية.

1. إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا ...)).

---

[91] محمد الأزهر ، مرجع سابق ،ص369.

[02] محمد الكشبور ، مرجع سابق ، ص245.

ونؤكد في نهاية هذه الفقرة على أنه يدخل في عموم هذا النص حالة الطلاق قبل الدخول الذي لم تسبقه خلوة صحيحة أو مظنة للتلاقي كما لو كان الزوجان يعيشان تحت سقف واحد ، أو كانت الزوجة تزوره في بيت أهله بين الفينة والأخرى [12].

ب – إمكانية الإنجاب

لقد أشار المشرع في المادة 150 إلى إمكانية الاتصال ،وسكت عن إمكانية الإنجاب . غير أن الفقه المالكي يشترط للحقوق النسب بالزوج أن يكون هذا الأخير ممن يتأتى الحمل منه ، بأن يكون بالغا أو مراهقا على الأقل ، وألا يكون مجبوبا أو مخصيا لأن هذين العيبين مما يمنع الإنجاب عادة .

وأخيرا ، فإن من أهم القرارات التي صدرت مؤخرا عن المجلس الأعلى والتي تمس مجالنا هذا ، ما يلي : ((شهود الرسم بعدم الإنجاب والعقم إنما شهدوا بما علموا وقد يشهد غيرهم بأنه أنجب مما يبقى معه الاحتمال قائما ولا قضاء مع الاحتمال ...))[22].

المطلب الثاني: الإقرار

يعتبر الإقرار الوسيلة الثانية لثبوت النسب ، ويسمى ((الدعوة))، والمقرر في الفقه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره، إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار[32].

ولمعالجة هذا المطلب سوف نقوم بتقسيمه إلى تعريف الإقرار(أولا) وشروط الإقرار بالنسب وإثباته (ثانيا).

أولا: تعريف الإقرار

إن المشرع المغربي قد قرر من خلال المادة 158 من المدونة الجديدة للأسرة أن النسب قد يثبت بواسطة الإقرار.

والإقرار في اللغة : هو الإذعان للحق والاعتراف به .

ومن الناحية الاصطلاحية : فالإقرار لدى جانب من الفقه هو عبارة عن ((خبر يوجب حكم صدقه على قائله ،بلفظه أو بلفظ نائبه)). والإقرار بالنسب هو ادعاء المدعي المقر أنه أب لغيره ، وقد نظمه المشرع المغربي في المدونة الجديدة للأسرة من خلال المواد 160و161و162 وسماه كذلك

---

[12] محمد الكشبور ،مرجع سابق ،ص250و251.

[22] قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 16نوفمبر 1993,منشور بمجلة المحامي ,العددان 25 و26,ص225 وما بعدها .

[32] بدران أبو العينين ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والقانون ،الزواج والطلاق ،دار النهضة العربية – بيروت ،ص517.

بالاستلحاق، غير أنه يوجد إلى جانب هذا الإقرار ، إقرار من نوع أخر غير مباشر يجعل المقر له ينتسب إلى الغير لا إلى المقر مباشرة[42].

ثانيا : شروط الإقرار بالنسب وإثباته

شروط الإقرار

إن الإقرار الذي يثبت به النسب في التشريع هو إقرار الأب والذي عرفه الفقهاء بأنه : ((إقرار ذكر مكلف بأنه أب لإبن مجهول النسب ، وقد تعرضت مدونة الأسرة إلى الشروط الواجب توفرها في الإقرار حتى يثبت به النسب في المادة 160 التي مفادها ، أنه يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت ، وفق الشروط الآتية :

- أن يكون الأب المقر عاقلا .
- أن لا يكون الولد المقر به معلوم النسب.
- أن لا يكذب المستلحق – بكسر الحاء – عقل أو عادة .
- أن يوافق المستلحق – بفتح الحاء – إذا كان راشدا حين الاستلحاق ، وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد .

إذا عين المستلحق الأم ، أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الاستلحاق.
لكل من له المصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط الاستلحاق المذكور مادام المستلحق حيا)).
وهكذا فالشروط المتطلبة في الإقرار لكي يكون صحيحا ومنتجا لآثاره هي كما يلي:

أ – أن يكون الأب المقر عاقلا

يعتبر الإقرار تصرفا بارادة منفردة يخضع سواء من حيث صحته أو من حيث آثاره لما تخضع له كافة التصرفات الانفرادية عموما [52]، فالمادة 160 تتحدث عن الأب بمعنى الزوج وبالتالي أذا صدر الإقرار عن الزوجة فلا يعتد به لأنها دائما تبقى علاقتها بالمولود طبيعية ، بالإضافة إلى وجوب أن يكون المقر عاقلا ، أي أن يكون المقر بالنسب كامل الأهلية ، فلا يكون صبيا أو مجنونا ، أو معتوها، أو مكرها .

---

[42] محمد الكشبور ،مرجع سابق ،ص254 .
[52] محمد الكشبور ، مرجع سابق ، ص257.

ب – أن لا يكون الولد المقر به معلوم النسب

فالإقرار بالبنوة لا يصح قانونا إلا لمجهول النسب ، فإن عرف نسب الشخص من أب معين فلا يصح مطلقا الإقرار ببنوته من طرف الغير ، لأن النسب الثابت لا يقبل الفسخ ولا التحويل . إلا أن الأب المقر لا يكلف بالبينة في إقراره ، إلا أنه يجب عليه أن لا يصرح أن المقربه هو ثمرة زنى ، فقد جاء في قضاء المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1987/3/30 ، (لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح وإن أقر الزوج ببنوتها ،لأنها بنت زنى ،وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه لقول خليل ،إنما يستلحق الابن مجهول النسب ،قال الزرقاني (لا مقطوعة كولد الزنا لأن الشرع قطع نسبه وأن اتفاق المدعية والمدعى عليه على ازدياد هاته البنت بعد عقد النكاح بينهما نحو شهر ،على فرض صحته وموافقته للواقع ،فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه).[62]

وأخيرا، فالمبدأ في هذا الصدد أن من أقر بنسب مجهول النسب إليه غير ملزم بإثبات سبب البنوة لأن الأصل حمل الناس على الصلاح دائما ، ولمن يدعي خلاف هذا الأصل أن يثبت ما يدعيه ، ولذلك يكفي المقر بالبنوة أن يعلن إقراره ،ثم يتخذ بعد ذلك موقفا سلبيا ،لا أن نطالبه بإثبات الفراش مادام المشرع قد وضع لهذا النسب الأخير أحكاما خاصة بإثباته ،تخالف ما وضعه المشرع لها من قواعد . بل وليس للمقر بالنسب أن يعين أم الولد المستلحق ،على ما يستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة 160من مدونة الأسرة .[72]

ج – أن لا يكذب المستلحق عقل أو عادة

أي أن ينبني الاستلحاق على وقائع لا يتقبلها المنطق ،كأن يكون المستلحق من نفس السن أو يتقاربان بشكل كبير ،أو يثبت أن الرجل المقر بنو ة ولد ينتمي إلى بلاد لم يسبق له أن زارها قط في حياته ،فمثلا أذا كان عمر المقر 30 سنة والمقر به 28 سنة فهنا العقل والعادة لا تتوافق مع كون الأول أبا للثاني ،وبالتالي فالمنطق يقتضي أن يكون هناك تفاوت معتدل في السن بين المقر والمقر به بحيث تكون ولادة المقر به محتملة ومقصورة من المقر .[82]

---

[62] احمد ميدة ومحمد رافع ،إثبات النسب بين الوسائل الشرعية والتطور العلمي ،سنة 2003-2005 ،ص28.

[72] محمد الكشبور ،نفس المرجع ،ص259.

[82] عبد الكريم شهبون ،شرح مدونة الأحوال الشخصية الجزء الأول ،مطبعة النجاح الجديدة ،سنة 2006،ص385.

د – أن يوافق المستلحق إذا كان راشدا حين استلحاقه

وإذا كان الأمر يتعلق با ستلحاق راشد ،فلابد من موافقته ،فهو أدرى بمصلحته ،وبالتالي فإنه أصبح في سن تحرر فيه من كل ولاية أو حراسة ،أما إذا كان قد استلحق قبل بلوغه سن الرشد ،فحين يصل إلى سن الرشد إن شاء بقي على نسب مستلحقه ،وإن شاء يرفض هذا النسب ،وعليه أن يرفع دعوى نفي النسب .[92]

هـ - تعين الأم من جانب المستلحق يعطيها الحق في الاعتراض بنفي الولد عنها

تم النص على هذه القاعدة التي استحدثها المشرع من خلال الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 160،حيث متى عين المستلحق – بكسر الحاء – الأم ،أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها ،أو الإدلأ بما يثبت عدم صحة الاستلحاق ،لأنها أصبحت في هذه الحالة ذات صفة ومصلحة أكيدة في ذلك الاعتراض .[03]

2- إثبات الإقرار بالنسب

نصت المادة 162 من مدونة الأسرة على ما يلي : ((يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه)).

بمعنى انه في حاله وجود الإقرار وتوفر شروطه ،فلا ثباته هناك وسيلتين فقط إما إشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا شك فيه .

أ – الإشهاد الرسمي

لا يكفي الإقرار بالنسب بل لا بد من توثيق ذلك إم ا في محرر رسمي عن طريق عدليين ،والمخاطبة من طرف القاضي ،أو عن طريق موثق عصري مادام المشرع ينص على رسمية هذا الإشهاد ،وذلك لإثبات الإقرار ،ولتحري إرادة المقر،بحيث يجب أن يقر وهو في كامل قواه العقلية ومعبرا عن إرادته من خلال هذا الإقرار وتوثيقه .[13]

ب – خط يد المقر الذي لا يشك فيه

ذلك أنه قد تمنع ظروف ما المقر من الاتجاه إلى العدول كإصابته بمرض أقعده من الخروج من البيت، وفي هذه الحالة يصح له استثناء أن يكتب الإقرار بالنسب بخط يده.

---

[92] محمد الأزهر ،مرجع سابق ،ص384.
[03] محمد الكشبور،مرجع سابق ،ص261.
[13] محمد الأزهر ،مرجع سابق،ص385.

فنحن هنا أمام وثيقة عرفية تكتب بخط يد المقر ، ولا تصح كتابتها مطلقا من طرف الغير.
ورغم سكوت المشرع، فيجب على المقر أن يضع توقيعه بالورقة التي كتبها، لأن التوقيع هو المعبر عن إرادته ، ويجب أن يؤرخ تلك الورقة دفعا للنزاعات التي قد تثار بشأن ذلك .[23]

المطلب الثالث: البينـة

إن البينة هي الطريق الثالث لثبوت النسب ،فكما يثبت النسب بالفراش أو بالإقرار ،فإنه يثبت كذلك بشهادة عدلين أو بينة السماع . وهذا ما أكدته المادة 158 من مدونة الأسرة، ولذلك سنتطرق أليه فيما يلي:

أولا – إثبات النسب بواسطة شهادة عدلين

الشهادة في حقيقتها هي إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره ، وهي بهذا المفهوم تخالف الإقرار الذي يعد في جوهره إخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه.
وإذا كان المشرع المغربي قد نظم القواعد الموضوعية للشهادة في قانون الالتزامات والعقود ،ونظم الإجراءات المسطرية الخاصة بها في قانون المسطرة المدنية ، فإنه فيما يخص إثبات النسب عن طريق الشهادة بالخصوص ،إنما يتمثل مرجعه في فقه الإمام مالك ،على ما يتضح من الإحالة المضمنة ضمن مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة .[33]
ويذهب الفقه إلى إثبات النسب بشهادة عدلين ،فالفقه الحنفي قال بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لإثبات النسب ،لأن هذا هو الأصل في نصاب الشهادة ،في حين يرى الجمهور أن أثبات النسب بالبينة يكون بشهادة رجلين عدلين .[43]
وشهادة عدلين تطرق إليها المشرع المغربي من خلال المادة 158 من مدونة الأسرة والتي تنص على ما يلي : ((يثبت النسب ... بشهادة عدلين ...)).

ثانيا – إثبات النسب بشهادة السماع

جاء في المادة 158 من مدونة الأسرة أن النسب يثبت بواسطة بينة السماع – فما المقصود إذن بهذه الوسيلة من وسائل الإثبات ؟

---

[23] محمد الكشبور ،مرجع سابق ،ص262.
[33] نفس المرجع ،ص268.
[43] محمد الأزهر ،مرجع سابق ،ص376.

يقصد بها الشهادة التي يشهد فيها الشهود بأنهم يسمعون سماعا فاشيا بين الناس بالواقعة موضوع الشهادة، فهم لا ينقلونها عن شخص أو أشخاص معينين، كما أنهم لا يشهدون بعلمهم المباشر بالواقعة. وقد عرفها ابن عرفة بأنها لقب يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين.[53]

وإذا كانت شهادة السماع كافيه لإثبات النسب ، فقد اشترط الفقه المالكي لصحتها أربعة شروط أساسيه وهي كالتالي:

1 -**الاستفاضة:** ويقصد بها أن يكون مصدر الشهادة غي ر معين وكثير العدد ، أي يقول الشهود سمعنا سماعا فاشيا.

2 -**السلامة من الريبة:** وذلك بالتحقق من عدم غلط الشاهد أو كذبه أو سهوه.

3 -**أداء يمين التزكية :** فلضعف شهادة السماع أوجب الفقه المالكي تكملتها بيمين التزكية .

4 -**طول الزمن ويجب أن يتوفر في جميع أفراد شهادة السماع.**

تلك هي الشروط الواجب توفرها في شهادة السماع ولقد اتفق عامة الفقهاء على أن النسب يثبت بالسماع، للضرورة إلى ذلك.[63]

المبحث الثاني: وسائل نفي النسب

تمهيد:

إذا كان المشرع قد حدد وسائل إثبات النسب من خلال المادة 158 من مدونة الأسرة، وهي الفراش، وإقرار الأب، و شهادة عدلين، وبينة السماع أنه ابنه ولد على فراشه من زوجته وبكل الوسائل المقررة شرعا، بما في ذلك الخبرة القضائية فإنه ـ وعلى العكس من مدونة الأحوال الشخصية القديمة التي كانت تحيل بشأن وسائل نفي النسب إلى أحكام الفقه الإسلامي، عندما نصت من خلال مقتضيات الفصل 91 على ما يلي: « يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المعتمدة شرعا في نفي النسب » ـ قد عمل أيضا على تحديد وسائل نفي النسب في المدونة الجديدة للأسرة من خلال موادها 151 و153 و159 وذلك بصفة حصرية حيث نصت المادة 153 من مدونة الأسرة

---

[53] احمد ميدة ومحمد رافع ،مرجع سابق ،ص34.
[63] نفس المرجع ،ص34و35.

الجديدة على ما يلي: « يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

* إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛

* صدور أمر قضائي بهذه الخبرة».

ويتضح مما سبق بيانه أن وسائل إثبات النسب هي أكثر عددا من وسائل نفي النسب، بالإضافة إلى أن الفقه والقضاء قد أحاط هذه الوسائل الأخيرة بالعديد من الشروط التي من شأنها عمليا أن تضيق كثيرا من نطاقها وأن تشل إعمالها.

ومن البديهي أن هذا التوسع في مجال إثبات النسب والتضييق فيما يتعلق بمجال نفيه، يندرج كمبدأ عام في إطار مبادئ الفقه الإسلامي، الذي جعل الشارع دائما متشوفا للحوق الأنساب، وبالتالي حفظ أعراض النساء ما أمكن من جهة أولى، وحفظ مركز الولد حتى لا يضيع نسبه من جهة أخرى .[73]

وإذا كانت القاعدة العامة أن النسب لا يحتاج إلى تأكيده، فهو ثابت مادامت العلاقة الزوجية قائمة، أما إذا نازع أصحاب المصلحة من أب، أو ورثة، أو غيرهم في نسب الابن وكان موضوع هذا النزاع نفي النسب فإن هذا الأخير لا يكون إلا بحكم قضائي طبقا للمادة 151 من مدونة الأسرة الجديدة.[38]

وسوف نرى من خلال الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع أن القضاء عموما، وسيرا على النهج الذي اختطه الفقه الإسلامي، لا يحكم بنفي النسب بكل سهولة ويسر، وذلك تأكيدا للسياسة الشرعية المتبعة في هذا المجال، التي كثيرا ما تعتبر النصوص القانونية المتعلقة بالنسب عموما في صالح المرأة والولد أو الحمل، وذلك لضرورة الاستقرار وتثبيت مركز الأسرة داخل المجتمع.

وقد فعل المشرع خيرا حينما جعل الخبرة الطبية إذا صدرت بأمر قضائي كافية لإثبات أو نفي النسب، وذلك انسجاما مع التطور العملي الكبير الذي يعرفه الطب في مجال إثبات النسب ونفيه، بعدما كان في السابق في ظل مدونة الأحوال الشخصية لا يقبل إلا بالوسائل المقررة شرعا، والتي لم تكن من بينها الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب، مما جعل القضاء سابقا لا يأخذ أبدا بالخبرة الطبية كوسيلة من وسائل إثبات النسب من فقهائنا القانونيين بضرورة اعتماد هذه الوسيلة لإثبات أو نفي النسب، وذلك لكونها وسيلة تحسم الأمر بصفة يقينية.

---

[73] محمد الكشبور الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، ص433، مطبعة النجاح البيضاء سنة 2006.

[38] محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ص 364، مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء

وللإشارة فإن الفقه ناقش وسيلة قريبة من الخبرة الطبية، وهي القيافة التي تعني الاستدلال على ثبوت النسب بالشبه في الخلقة بين الأب والولد الذي يلحقه به القائف [39]، وهي وسيلة من وسائل إثبات النسب ونفيه في بعض الأحوال لدى العرب، وقد اهتمت بها العديد من المراجع الفقهية، بينما تجاهلتها أخرى، ويبقى أن القيافة حدس، والحدس لا تبنى عليه الأحكام في الشريعة الإسلامية [40]، ولهذا استبعدها المشرع المغربي من وسائل نفي وإثبات النسب.

المطلب الأول: نفي النسب عن طريق إثبات اختلال شروط الفراش

يعتبر فراش الزوجية أقوى أسباب النسب القانوني إلى الأب، بل يكاد يكون السبب الوحيد القائم في الحياة العملية، ولقد رأينا سابقا أن قاعدة الولد للفراش هي مستمدة في أصلها من حديث نبوي شريف لقوله صلى الله عليه وسلم في خطبته يوم حجة الوداع : (" الولد للفراش وللعاهر الحجر ")، وهكذا فإن الفراش يعتبر حجة قاطعة على ثبوت النسب، إذا ما توفرت شروطه مجتمعة، وذلك من خلال ما يستفاد صراحة من المادتين 153 و154 من مدونة الأسرة، وأول هذه الشروط أن يوجد مبدئيا عقد زواج صحيح، وثانيها أن تنصرم مدة الحمل، وثالثها إمكانية اتصال الزوجة بزوجها وحملها منه.

لكن ماذا يقع للنسب حينما يختل شرط من شروط الفراش؟ أي عدم وجود عقد زواج صحيح (أولا) أو انصرام مدة الحمل (ثانيا) أو عدم إمكانية حمل الزوجة من زوجها (ثالثا).

أولا: عدم وجود عقد زواج صحيح

إن عقد الزواج هو مناط الفراش، يدور معه وجودا وعدما، حتى صار عقد الزواج لدى جانب من الفقه مرادفا للفراش، فالزنى جريمة والنسب نعمة والجريمة لا ترتب نعمة أبدا.

ومن هذه الناحية، يمكن للشخص أن ينفي النسب عنه كلما استطاع إثبات عدم وجود رابطة زوجية أثناء الحمل أو الولادة، وهذا الإثبات ليس في حقيقته حكرا على الرجل والمرأة المعنيين بأمر الحمل أو الولد، بل هو مقرر لذلك للورثة مثلا بعد وفاة الرجل أو المرأة.

ومن ضمن القرارات التي صدرت عن المجلس الأعلى في هذا الصدد، نذكر : « يكون تعليلا صحيحا وكافيا الحكم الذي يقضي برفض الطلب في دعوى يطلب فيها زوجان تسليم بنت بالاستناد

---

[39] القائف هو "الخبير" الذي اكتسب الدراية في التعرف على ملامح الشبه التي يعتمدها لإلحاق الولد إلى أبيه.

[40] محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية،الطبعة ، مطبعة النجاح البيضاء ص 464.

إلى أنهما أبواها شرعا، بعلة عدم إثبات المدعيين ازدياد البنت من صلبهما وهما على فراش الزوجية».[41]

ونشير إلى أنه لم يكن للقضاء المغربي في النازلة أعلاه أن يطلب من الزوجين إثبات ازدياد البنت من صلبهما وهما على فراش الزوجية ولو كانت البنت في حيازتهما، غير أنها في الحقيقة كانت في حيازة امرأة أخرى تدعي هي بدورها أمومتها.[42]

وجاء في قرار للمجلس الأعلى: «.. لما ثبت أن الزواج بعد الوضع فإن المولود لا يلحق نسب المدعى عليه، ولو أقر ببنوته..».[43]

وعلى العكس من هذا نصت المدونة الجديدة في المادة 156: « إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ ـ إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

ب ـ إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج ـ إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل المقررة شرعا في إثبات النسب »، ويبدو الفرق واضحا جدا بين القرار أعلاه وبين المادة 156 من مدونة الأسرة الجديدة. ومن المؤكد أن الاتصال بين الخطيبين يرتبط مداه بدرجة الوعي والأخلاق لدى الطرفين وبالأخص الفتاة، لكن في الحياة العملية كثيرا ما يتصل الخاطب بخطيبته جنسيا أثناء الخطوبة، بل و خارج إطار الخطوبة أحيانا، وبعد حملها أو ولادتها يسرعان إلى إبرام عقد الزواج تهربا من الفضيحة وأقوال الناس وكثيرا ما يفاجئهما ضابط الحالة المدنية برفض تسجيل الولد في كناش الحالة المدنية على أساس أن هناك عدم تناسق واضح بين تاريخ الولادة وتاريخ عقد الزواج حيث إن الأول متقدم

---

[41] قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 1979، منشور بمجلة «المحاماة » العدد 17 السنة ص 122 و123.
[42] محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية،المرجع السابق ص 436.
[43] قرار المجلس الأعلى الصادر في 30 مارس 1983، منشور بمجلة « قضاء المجلس الأعلى » العدد 39، السنة ص 109 و110.

على الثاني أ و معاصر له، فيضطر الطرفان إلى رفع دعوى أمام القضاء فتنتهي إجراءاتها بعدم قبولها للسبب ذاته.

لكن القضاء واستجابة للمستجدات التي أتت بها المدونة الجديدة للأسرة، أصبح يقبل بإثبات النسب عن طريق الشبهة في الخطوبة وذلك بتوفر الشروط الثلاثة الآتية:

1 ـ إشهار الخطبة بين الأسرتين : وتبدأ وسائل الإشهار من يوم الخطبة خصوصا إذا صحبها تجمع أسري، أو فرح وخلافه، كما تشتهر بتردده الخطيب على بيت أسرتها وغيرها مما يفيد في إشهار أمرهما.

2 ـ أن يكون الحمل خلال الخطبة: بمعنى أن الحمل ظهر بعد الخطبة وبعد الإيجاب والقبول، وأن يكون في أقل مدة الحمل من تاريخ إشهار الخطبة.

3 ـ إقرار الخطيبين بالحمل : لا يكفي الشرطان السابقان، بل لابد من إقرار الخطيبين بذلك، الخاطب يقر أن ذلك الحمل منه نتيجة اتصال جنسي، وتقر المخطوبة بذات الأمر، حيث تعترف بأنه لم يمسها شخ ص غيره، وأن هذا المسيس كان خلال فترة الخطبة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها رقم 03/1913 بتاريخ: 2004/11/03: « وحيث إنه وفق المشار إليه فإنه تتبني الشبهة المفضية إلى نسبة الحمل للخاطب إذا حالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج في و قته المحدد، وتوافر الإيجاب والقبول والشروط المنصوص عليها في الفصل 156 من مدونة الأسرة، وذلك بموافقة الولي كلما كانت ضرورية، واشتهار الخطبة بين الناس، وحمل المخطوبة خلال هذه الخطبة، وإقرار الخطيبين بالحمل، وحيث إن ذلك ثابت حسب تصريح الطرفين أثناء جلسة البحث وكذا ما هو منصوص عليه في النكاح المستدل به، وحيث إن المستأنف عليه خلال هذه الفترة لم ينف نسب البنت إليه بمجرد ظهور الحمل وقبل إبرام عقد النكاح، وحيث إنه تبعا للمشار إليه أعلاه، فإن نسب البنت لاحق بالمستأنف عليه، وتترتب عليه جميع الآثار وكذ ا الوسائل المقررة شرعا بالنفقة والتوارث وغيره وبتسجيلها في دفتر الحالة المدنية..»

وتخضع هذه الشروط للمعاينة بمقرر قضائي، قابل للطعن من الأطراف، أما إذا أنكر الخاطب أن الحمل منه، في هذه الحالة ولكي يثبت النسب، لابد من الإثبات بجميع الوسائل الإثباتية الشر عية التي تكون عقيدة القاضي في إقرار النسب من عدمه بما في ذلك الالتجاء إلى الخبرة القضائية.[44]

---

[44] محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ص 373 و374، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع الدار البيضاء.

ثانيا: انصرام مدة الحمل

لقد سبق أن قلنا إن الفقهاء قد أجمعوا، رغم اختلاف مذاهبهم، على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، وهذا ما أكدته مدونة الأسرة في المادتين 154 و155 منها، وعليه فمتى ولدت الزوجة قبل مرور ستة أشهر من تاريخ العقد عليها، فإن النسب لا يلحق بالزوج مطلقا إلا في حالة إثبات النسب بالشبهة في الخطوبة كما و ضحناه أعلاه، وفي المقابل فإن أقصى مدة الحمل هي سنة، وعليه فمتى فارق الزوج زوجته لكونه قد طلقها أو توفي عنها، ثم أتت بولد بعد سنة من الفراق، فإن النسب لا يثبت من الزوج كقاعدة.

ثالثا: عدم إمكانية الاتصال بين الزوجين

جاء في المادة 154 في فقرتها الأولى من مدونة الأسرة الجديدة : « يثبت نسب الولد بفراش الزوجية: « إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد و أمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا».

وعبارة (أمكن الاتصال) يفسرها فقهاء المذهب المالكي بالخصوص بإمكانية الاتصال المادي، وذلك ردا على رأي أبي حنيفة الذي يقول أن النسب يثبت للولد الذي ازداد بعد ستة أشهر من العقد، ولو لم يكن الاتصال بين الزوجين، كما إذا كان أحدهما بالمشرق والآخر بالمغرب.

ولكن يبدو أن العبارة قابلة للتفسير بإمكانية الاتصال المادي بين الزوجين وبإمكانية الاتصال المعنوي أي بإمكانية الإنجاب، إضافة إلى ذلك فإن تعذر الاتصال قد يتحقق عقب العقد مباشرة، وقد يتحقق بعد بدء الحياة الزوجية على أن إثبات عدم امكان الاتصال بعد بدء الحياة الزوجية يبدو أكثر صعوبة، وعلى كل فإن نفي النسب لا يقبل كما سبق القول، إلا في حالة القطع بأن الولد ليس من صلب المدعى عليه, [45] بحيث يمكن للزوج أن يلتجئ إلى مسطرة اللعان، أو إثبات ذلك بخبرة طبية ، شريطة أن يدلي بحجج قوية يقتنع معها القاضي بإحالة القضية على الخبرة حيث لا يمكن إجراؤها إلا بأمر قضائي.

المطلب الثاني: نفي النسب بواسطة اللعان

اللعان نظام قانوني يهدف من ضمن ما يهدف إليه إلى نفي النسب، وهو نظام إسلامي خالص، لا نظير له في باقي التشريعات السماوية أو القوانين الوضعية غير الإسلامية الأخرى.

---

[45] أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية ص 38 وما بعدها.

وحسب بعض الفقه، فإن ما جرى العمل به في الأندلس وفي المغرب هو تعطيل نظام اللعان، وإن قررت مدونة الأسرة الجديدة على غرار مدونة الأحوال الشخصية السابقة خلاف ذلك، على ما يتضح من مقتضيات المادة 153 والتي تجعل اللعان من بين الأسباب التي ترتب فرقة مؤبدة بين الزوجين المتلاعنين.[46]

ـــ فما هو مفهوم اللعان و مسطرته (أولا) ؟

ـــ وما هي شروطه وآثاره (ثانيا) ؟

ـــ وفي الأخيرما هو تأثير اللعان على حق الطفل في النسب وموقف القضاء منه(المطلب الثالث) ؟

أولا: مفهوم اللعان ومسطرته.

اللعان هو شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونة من جانب الزوج باللعنة، وبالغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها، لهذا سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى مفهوم اللعان (الفقرة الأولى) ومسطرة اللعان (الفقرة الثانية).

أ: مفهوم اللعان

حماية لأعراض النساء العفيفات من ألسنة الناس، أوجب الله سبحانه وتعالى حد القذف على كل شخص سولت له نفسه قذف امرأة من نساء المسلمين أو غيرهن، كاتهامها بالزنى مثلا، ومن دون أن يستطيع إثبات ما يدعيه بالطرق المحددة شرعا، قال سبحانه وتعالى : (" والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ").[47]

وقد كان من اللازم تطبيق الحكم المضمن بالآية الكريمة في حالة قذف أية محصنة ولو كانت زوجة في عصمة القاذف، إلا أن الله سبحانه وتعالى قد استثنى الأزواج الذين يبادرون إلى التمسك بلعان زوجاتهم بالكيفية المحددة شرعا.

واللعان من الناحية اللغوية : يفيد الطرد والإبعاد، وفي الاصطلاح : شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة من جانب الزوج باللعنة، وبالغضب من جانب الزوجة، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنى في حقها، يؤديها الزوجان أمام القاضي.[48]

---

[46] محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، ص 443، مطبعة النجاح البيضاء سنة 2006.
[47] سورة النور الآية 4.
[48] عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ص 576.

وقد أشار المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة إلى اللعان باعتباره سببا رئيسيا من أسباب التحريم المؤبد بين الزوجين دون أن يبين مفهومه أو يحدد مسطرته وأحكامه، ومن ه ذه الناحية فلا مناص لنا من الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي تطبيقا للمادة 400 من مدونة الأسرة.

ب: مسطرة اللعان

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى أو بنفي نسب ولدها منه، أو بهما معا، ولم يثبت ذلك بأربعة شهود، وطلب إقامة حد الزنى عليها، وطلبت هي إقامة حد القذف عليه، فللواجب حينئذ اللعان.[49]

واللعان يجب أن لا يتم إلا بحكم يصدر عن سلطة القضاء وبناء على طلب من الزوج، وعلى القاضي الذي رفعت الدعوى أمامه أن يستدعي الطرفين ـ أي الزوج والزوجة ـ وفقا للقواعد المضمنة في قانون المسطرة المدنية، ويطبق بصددها الأحكام المضمنة في آية الملاعنة المنصوص عليها في القرآن الكريم

حيث يقول جل وعلا : ("والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ").[50]

وصورتها أن يحلف الزوج أربع مرات أنه صادق في اتهامه لزوجته والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان كاذبا في ادعائه، وإذا أصرت الزوجة على تكذيبه فيجب عليها بدورها أن تحلف أربع مرات بأنه كاذب فيما يدعيه وفي الخامسة أن غضب الله عليها إن كان صادقا فيما رماها به.

ومبرر هذا الاستثناء، أن الزوج لا يلتجئ إلى هذه الوسيلة إلا عند تيقنه من أن الحمل ليس منه، لأن اتهام زوجته يعود عليه هو كذلك بالضرر المحقق، وينال من اعتباره ا لاجتماعي، بل قد ينغص عليه الحياة بالتشكيك في علاقته بالأطفال الآخرين . إضافة إلى ذلك، فإن النفي المجرد لا يقبل لتأييده باللعان وإنما يتعين أن يستند إلى رؤية الزنى أو إلى عدم اتصال بين

---

[49] عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ص 576.

[50] سورة النور الآية: 6 – 7 – 8 – 9.

الزوجين مدة تفوق الفترة القصوى للحمل ويثبت عدم الاتصال بالوقائع التي يتعذر معها تحققه كغيبة الزوج أو اعتقاله مثلا.[51]

ثانيا: شروط اللعان وآثاره

إن للعان شروط يجب توفرها عند قيام القاضي بنفي النسب، وكذلك له آثاره التي تنجم عنها، لهذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فقرتين شروط اللعان (الفقرة الأولى)، وآثار اللعان (الفقرة الثانية).

أ: شروط اللعان

لا يكون اللعان إلا بناء على حكم القاضي به، فإن اتفق الزوجان على الملاعنة دون اللجوء إلى القضاء، فلا يترتب على ذلك اللعان، أي أثر من آثار نفي النسب.[52]

والقاضي لا يحكم باللعان لنفي الحمل أو الولد إلا بتوفر مجموعة من الشروط أهمها : أن يكون الزوج مسلما عاقلا بالغا ممن يمكن أن يطأ، ويصح من الأخرس بالكتاب أو بالإشارة، وأن يدعي المشاهدة وعدم المسيس ,[53] كما يشترط في الزوجة أن تكون منكرة للزنا الذي اتهمت فيه، وأن يقع اللعان في حالة العصمة ولو من زواج فاسد أو وطء بشبهة، ويمكن اللعان في عدة الطلاق البائن والرجعي. هذا فيما يخص دعوى رؤية الزنا، أما في دعوى نفي الحمل أو الولد يجوز اللعان ولو بعد العدة إلى اقصى مدة الحمل,[54] وأن يقع اللعان بمجرد رؤية الزنا أو ظهور الحمل والعلم به معجلا، وقد أعطى المالكية أجل يومين لرفع دعوى اللعان، وألا يسبق نفي الولد الإقرار به صراحة أو ضمنا، فإن حصل ذلك فلا يسوغ بعده للزوج أن ينفي نسب الولد، كمن طلق وأراد السفر وقبل سفره أدى نفقة الحمل، فليس له إنكار الحمل بعد ذلك ,[55] وألا يدعي الزوج أنه استبرأ زوجته ,[56] وألا يتصل بها بعد استقراره على ملاعنتها، وإلا فإن دعواه ترفض [57]، كما يشترط ألا يكون الولد غير لاحق

[51] أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية ص 50.

[52] يفهم هذا المعنى من المادة 159 من مدونة الأسرة « لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي ».

[53] محمد زكريا البرديسي، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف 1965، ص 573.

[54] أحمد الغازي الحسيني، مقال الولد للفراش، مجلة القضاء والقانون العدد 130، ص 43.

[55] الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحيى، المعيا ر المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء 4 النشر: بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1981، ص 492.

[56] الاستبراء هي المدة التي جعلت دليلا على خلو الرحم من الحمل نتيجة الزنا.

[57] محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، المنشورات الجامعية المغاربية.

شرعا بالزوج، كما لو أتت به لأقل من أدنى أمد الحمل أو لأكثر من أقصى أمد الحمل، ومتى توفرت هذه الشروط جاز للقاضي الحكم باللعان بين الزوجين.

ب: آثار اللعان

متى تم اللعان وفقا للشروط والكيفية المطلوبة رتب آثارا هامة أهمها:

سقوط حد القذف على الزوج بحلفه، وسقوط حد الزنا على الزوجة بحلفها، وتقع الفرقة بين الزوجين بحكم القاضي طبقا للمادة 159 من مدونة الأسرة بدون طلاق، ويحرم عليهما الزواج تحريما مؤبدا، وينتفي الزوج وحده سواء حلفت الزوجة أيمان اللعان أو نكلت عنها، غير أن الولد الملاعن عليه له وضعية خاصة بحيث لا يمكن له الانتساب إلى أبيه، كما أنه لا يمكن القول بأنه " ابن زنا " بل إن من رماه أو أمه بذلك يحد ,[58]، وابن الملاعنة لا توارث بينه وبين أبيه بإجماع المسلمين لا نتفاء النسب الشرعي، وإنما التوارث بينه وبين أمه، فعن ابن عمر :« أن رجلا لاعن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبي بينهما وألحق الولد بالمرأة » رواه البخاري وأبو داود.[59] لكن إذا أقر به الزوج الملاعن بعد اللعان وفق مقتضيات ا لمادة 160 من مدونة الأسرة فإن الولد ينسب إليه ولو بعد موت هذا الأخير ,[60] إذا ثبت تعريف اللعان وشروطه وكذا مسطرته وآثاره نتساءل كيف يؤثر اللعان على حق الطفل في النسب ؟

ثلثا: تأثير اللعان على حق الطفل في النسب وموقف القضاء منه

مما لا ريب فيه أن الهدف من إ كثار الفقه الإسلامي من شروط اللعان هو حماية الأنساب من الإنكار الكيدي وحماية مركز الأولاد، إلا أن ما يضر بمركز هؤلاء هي المسطرة المتبعة في اللعان (الفقرة الأولى) وهذا ما جعل القضاء يبعدها من التطبيق العملي (الفقرة الثانية).

أ - أثر مسطرة اللعان على نسب الطفل ومدى إمكانية تعديلها

يبدو أن مسطرة اللعان غير صالحة للتطبيق في العصر الراهن (أولا) فهل من إمكانية لتجاوزها أو على الأقل لتعديلها (ثانيا).

---

[58] فاطمة الزهرا زريح وحميد المرنيسي: " ظاهرة الطفولة غير الشرعية بمدينة فاس " بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص الموسم الدراسي 1990 / 1991، ص60 .

[59] السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة 1365ص 657.

[60] خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها، الطبعة ودار النشر ص 156.

أولا: عدم ملائمة مسطرة اللعان لنفي النسب في العصر الراهن

كما تبين لنا فإن مسطرة اللعان تكون بأن يشهد الزوج ب الله أربع مرات على نفي حمل زوجته أو ولدها عن نسبه، ويزيد في المرة الخامسة : (" لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ") ثم تشهد الزوجة بالله أربع مرات أيضا أن زوجها كاذب فيما أشهد الله عليه، وتزيد في الخامسة : ("غضب الله عليها إن كان من الصادقين ")، والواقع أن ه ذه الأقوال التي تصدر عن المتلاعنين هي أيمان على أن الملاعن جازم بصدقه في نفي النسب عمن ذكر، وأن الملاعنة جازمة بكذب الزوج في ذلك , إلا أن الغريب في الموضوع أن المدعي وهو الزوج الطالب لنفي النسب يكتفي منه باليمين المتعددة على الحكم له بما طلب، وسند الفقه في ذلك أنه لولا قبول هذه الأيمان من الزوج والحكم له بمقتضاها لالتحق بنسبه من ليس منه عملا بمقتضى القاعدة (الولد للفراش)، إذ لولاه لم يجد الزوج سبيلا إلى قطع الدخيل فيه، وذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهو ممنوع في سائر الشرائع المقدسة، فلا طريق لانتفاء هذه [61] الضرورة إلا عن طريق اللعان ـ وقد يظهر بالزوجة حمل بعد لعان رؤية الزنا، فإن الوليد يلحق بالزوج إذا أتت الزوجة به لأقل من ستة أشهر من يوم الزنا أو داخل سنة من يوم الطلاق، وما يلاحظ أن ادعاء الزوج واقعة الزنا ينبغي إثباته وهذا أمر عسير في الشريعة الإسلامية، إن لم نقل مستحيل، إذ على المدعي إثبات دعواه بأربعة شهود على الأقل من الرجال وأن يؤدوا اليمين بأنهم شهدوا هذا الفعل يتم كاملا، وكذلك في القانون الجنائي المغربي إذ أن المادة 493 منه قد حصرت وسائل إثبات جريمة الخيانة الزوجية في الاعتراف القضائي أو المكتوب، وفي المحضر الرسمي الذي يحرره ضابط الشرطة القضائية في حالة تلبس، ومن تم لا يجوز إثباتها عن طريق الشهود، الأمر الذي قد يدفع الزوج الملاعن إلى اللجوء إلى طلب إجراء الملاعنة من أجل نفي الحمل أو الولد [62]ــ ولهذا لما نزلت آية اللعان بشر بها النبي صلى الله عليه وسلم من نزلت فيه وقال له: (" أبشر فقد جعل الله لك مخرجا ") وأنه لا يقدم الزوج عليه إلا إذا كان متيقنا بسببه في الواقع نظرا للوازع الديني .[63]

أما اليوم حيث تأكد فساد كثير من الذمم التي أصبحت تنزلق عن المحجة البيضاء وعن قيم وتعاليم ديننا الحنيف، وتراجع الوازع الديني لدى غير قليل من الناس عديمي الضمائر وكثر الناقمين

[61] عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، الجزء 4، ص 349.

[62] رشيدي مغنية: حق الطفل في النسب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق فاس السنة 2002 /2003 ص 77.

[63] أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 130 السنة ص42/41.

والماكرين الذين يغيب عن ذهنهم عقاب الله الأخروي عن تصرفاتهم الدنيئة، فيلجؤون لهذه المسطرة السريعة والسهلة ويحلفوا أيمانا كاذبة كيدا لزوجاتهم أو إضرارا بأولادهم أو تهربا من المسؤولية وتحمل أعبائهم، ورغم ذلك نجد أنه ليس من الحكمة عند فقهائنا ـ إلى يومنا هذا ـ أن يثبت النسب من زوج يقرر أن هذا الولد لم يخلق من مائه، ويرد نسبه ويدفعه عن نفسه، ويقسم الأيمان على صدق قوله، ويؤكد ذلك بالدعاء على نفسه باللعنة من الله والطرد من رح متة، وليس من الحكمة أن نرهقه بتقديم إثبات على دعواه ولا يستطيع إن حاوله [64] ..؟؟! في الحقيقة أصبحت مسطرة اللعان خطيرة جدا على أطفالنا خصوصا في الحالات التي ذكرناها سابقا، لذا نتساءل ما هو الضمان والسبيل لحماية حقهم الشرعي والقانوني في النسب ؟

ثانيا: حمايةِ نسب الطفل ضمن مسطرة اللعان

يبدو أن اللعان قد فقد فعلا قيمته ما دام يقوم على الشك لا اليقين، وأحيانا يعد انتقاما ليس إلا، كما وضحنا ذلك، فالشك يظهر لنا من خلال أن الزوج إذا كان في استطاعته أن يشهد على سبيل القطع أن زوجته قد ارتكبت الزنا فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لواقعة نفي الولد، لأن الزوج لا يستطيع أن يؤكد على سبيل القطع أن الولد ليس منه حتى ولو كان صادقا في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا، إذ قد تكون الزوجة مرتكبة للزنا فعلا إلا أن الولد قد يكون ابنه بأن يكون الحمل قد حدث منه، وهذا ما جعل الفقه كما رأينا أنه يخضع في هذه المسطرة لعدد من القيود والشروط للحد من الشك، ويمنع الزوج من اللعان، إذا وجدت قرائن بسيطة تدل على عدم الجدية في إنكاره، كعدم استبراء المرأة قبل ظهور الحمل والسكوت بعد العلم بالحمل ولو يوما أو يومين، والاستنتاج البديهي من هذا الاجتهاد الذي طبق به الفقه آية اللعان هو أنه متى توفرت وسيلة قادرة على كشف الحقيقة يكون لكل من الزوجين الحق في المطالبة بها لتبرئه ساحته من تهمة الكذب التي لا يبعدها عنه أداء أيمان اللعان.[65]

ومن المعلوم أن اللعان حكم شرعي وردت بشأنه نصوص قطعية في القرآن والسنة ا لنبوية، ولكن المؤيد أيضا أن الأمر يتعلق بنوع الأحكام المعبر عنها بالوسيلة الصرفة، وهي أحكام تتميز بكونها ليست مقصودة لذاتها نهائيا , ومن ثم فهي قابلة للتغيير إذا فقدت الوسيلة قيمتها ووظيفتها،

---

[64] رشيدي مغنية :حق النسب ,رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ,جامعة محمد بن عبدالله ,كلية العلوم القانوية والاقتصادية والاجتماعية,فاس 2002-2003,ص80.

[65] أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية ص 71 / 72.

وترتيبا على ذلك فإننا نرى أنه متى تبين أن زماننا يتيح لنا تنظيم هذه الوسيلة وتنفيذ هذه التدابير التوسلية الصرفة، ببدائل أكثر نجاعة وفاعلية ومصداقية وأكثر تحقيقا للمقصود فلا شك في أن الأخذ بها وإقرار أحكامها وإحلالها محل ما جرى به العمل في الصدر الأول عمل مشروع، وتعبير غير ممنوع، لأن ما غيرناه لم يكن تعبديا ولم يكن مقصودا وليس هو مصلحة في ذاته و إنما مصلحته فيما يفضي إليه، ونعني هنا بالدرجة الأولى ضرورة الاستعانة اليوم بالتقنيات الطبية الحديثة مع الإبقاء على اللعان للوصول لنتائج يقينية تبدد الشك، فالمفروض أن تطبق هنا قاعدة (الشك يزول باليقين) فإذا علم بناء على تلك النتائج أن الولد ليس منه يمكن من إجراء اللعان لنفي الولد لأنه ثبت يقينا أن الولد ليس منه، أما إذا علم من تلك النتائج أن الولد منه، فلا يمكن من إجراء اللعان لأجل نفي الولد، وإنما يمكن من اللعان كإجراء شرعي لدرء الحد عن الزوجين، وللتفريق بينهما، لأن الزوج ل ربما يكون متأكدا من صلة زوجته غير المشروعة بغيره، وهنا يكون من حقه إ جراء اللعان دون نفي الولد، ومن ثم فإن الركون للنتائج الطبية قد يحقق غايتين إحداهما : إمكانية تراجع الملاعن قبل الفحص، وثانيهما: إمكانية إثبات الفحص عكس مزاعم الملاعن، وبذلك تتحقق الغاية من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تتشوق للحوق النسب، وبهذا نكون قد فهمنا النص على أساس ضرورات التطور الاجتماعي والعلمي دون أن يعني ذلك إهماله أو تجاوزه وإنما هو النفاذ إلى جوهره وما وراءه .[66]

المبحث الثالث: نفي النسب وإثباته عن طريق الخبرة الطبية

تمهيد:

لقد و سع المشرع المغربي من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات أو للنفي وفقا لنص المادة 158 من مدونة الأسرة و بذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في المغرب، حيث في ظل مدونة الأحوا ل الشخصية كان القضاء مستبعدا الأخذ بالخبرة الطبية مستندا على الفراغ التشريعي لعدم وجود نص يدعو إلى اعتماد الخبرة الطبية كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب، رغم الاعتداد بها في ميادين أخري عند بته في منازعات مختلفة.

---

[66] رشيدي مغنية :حق النسب ,رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ,جامعة محمد بن عبدالله ,كلية العلوم القانوية والاقتصادية والاجتماعية,فاس 2002-2003,ص82.

ولقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء إلى ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي لإثبات النسب أو نفيه ، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبارالأئمة عملوا بالقيافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس والفراسة و إمكانية التشبيه،فما بالنا بخبرة يقينية.

و لقد تنوعت هذه الطرق العلمية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، و ذلك حتى أواخر الستينات و هي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء، (A B O) تلا هذا الاكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (A D N)، إضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الاكتشاف.[76] و هدا ما سنتناول دراسته في هذا المبحث موضحين درجة تفاوت هذه الطرق في إثبات النسب أو نفيه مع التطرق لحجيتها والصعوبات التي تواجه استخدامها في المباحث الثلاثة الآتية:

المطلب الاول : القيافة

اولا:تعريف القيافة :

وهي لغة تتبع الآثار لمعرفة أصحابها ، والقائف : من يتبع الأثر ويعرف صاحبه ، ويعرف الرجل بأخيه, والقائف في الاصطلاح الشرعي : هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلي أعضاء المولود والقيافة عند القائلين بالحكم بها في إثبات النسب ، إنما تستعمل عند عدم الفراش ، والبينة ، وحال الاشتباه في نسب المولود والتنازع عليه ، فيعرض على القافة (وهو الخبير) ، ومن ألحقته به القافة من المتنازعين نسبه ، ألحق به.

والقيافة نوع من الفراسة ومن العلوم القديمة لدى العرب،وقد اشتهرت قبيلة بني مدلج بهذه الفراسة وهي بطن من بطون كنانة، وكانت مشهورة بالمهارة في القيافة، وموثوقا بها في ه ذا الموضوع، بحيث إدا قرر القائف منهم أن شخصا أبا لشخص اخر, فإن نسبه يثبت بدلك، ولا يبقا ادنى مجال للشك، وكانت تعرف كفاءة القائف للقيافة بالتجربة.[86]

ثانيا: موقف مدونة الأسرة من القيافة

لم تتطرق مدونة الأسرة إلى ه ذه الوسيلة في اثبات النسب أو نفيه بصفة صريحة ,ولكن قد أدرج ت المدونة وسائل الإثبات الشرعية بصفة عامة،إذن إذا اعتبرنا أن القيافة هي من وسائل الإثبات المقررة

---

[76] رشيد مغنية ,مرجع سابق ,ص81.

[86] احمد ميدة وحمد رافع:اثبات النسب بين الوسائل الشرعية والتطور العلمي ,الفوج 33,سنة 2002-2003,ص39.

شرعا حسب الحديثين الشريفين في صحيح البخاري: (حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا الليث عن بن شهاب عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال ألم تري أن مجززا نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض).[69] وفي حديث أخر حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال يا عائشة ألم ترى أن مجززا المدلجي دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض) وقوله تعالى: {❒◆•• ✍•◑⬂✂←👌♦✍
☜⬧⑩⬂"▪"☜⬧▤⬏ ☒✈❍⬧✍⬊⬃▣▫⚐⬋ 🗐 ◑⬊⬀♌☐
✂✍☜❍❍☺⇳➚⬏ ❒◆✂✍☜⬂▤♦⬁⬂❀❸◆
❒◆✂✍☜⬂⊞→•☒✂⑩⬏ ☝➚✍❻ 🕮↑❒♁☜•⬂✵⬦⌀▤⬏
☝☒♌ ♦⬉♦✡⬃❍← 👌♦❍⬄★➚❑♦☪ }.[70]

فإنها بذالك تدخل في عبارة المادة 158:"يثبت النسب... وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية".

و القيافة ه ي نوع من الخبرة التي تدرس أو جه الشبه بين الابن وأبيه فإنه لا يجوز اللجوء إلى القائف إلا عند الضرورة وعندما لا توجد وسيلة أخرى لإثبات النسب او نفيه ، ولكن في الواقع العملي وفي زمن كثر فيه التلاعب واشتد فيه التعلق بالمادة وانعدم فيه أصحاب الدراية بأوجه الشبه فلا يمكننا الاعتماد على قول القائف في الإثبات هذا إن وجد قائف يشهد له بحسن الخلق والدقة والخبرة في مجال الشبه.[71] خاصة ونحن في عصر التقدم التكنولوجي حيث تتوفر فيه وسائل ادق وأضبط لمعرفة النسب بطرق علمية جد متطورة . فليس من المعقول والمنطقي أن نترك وسائل ه ي اقرب بل هي عين الصواب ونلجئ إلى وسائل قد تصيب كما قد تخطئ لأنها تعتمد على المقارنة والشبه وهذا ليس من باب العمل بالأحكام الشرعية، لان حتى الخبرة الطبية لو أنها ظهرت في عهد الرسول لكان قد اقر بها لأن العلماء هم ورثة الأنبياء، وهم أهل الذكر الذين أمرنا الله تعالى بسؤالهم لقوله سبحانه:

---

(69)) أخرجه البخاري في باب القائف، الجزء 8ص13رقم 3291.
(70) سورة الإسراء الآية (36)
(71) احمد ميدة ومحمد رافع ,اثبات النسب بين الوسائل الشرعية والتطور العلمي ,فوج 33 سنة 2003-2005,ص61.

♌♋♍ ⌘❷⍄✍♑♏♎✏✒✂ •✎⬀♎❒🕮 ☎✂☑❑➔◘♦★⬄○•▫}
✍♑⬈✡☝⬅⚐⬄ •• ✍•➔⬀☢•☝⬅❑♌♦{ [72]

المطلب الثاني: نظام تحليل فصائل الدم

يشمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب و الأم، حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي و النصف الآخر من أمه عن طريق الحيوان المنوي للرجل و البويضة للأنثى. و من العلامات الوراثية الموجودة في الدم فصائل الدم الرئيسية.

أولا: النتائج العلمية لفحص الدم

أ. نظام ABO

لقد حققت الأبحاث العلمية منذ عهود طويلة نجاحا كبيرا على مستوى تحقين الدم أو تحليله، فكانت البداية مع الطبيب Denyse الذي قام بأول عملية تحقين الدم للإنسان،وتوالت بعد ذلك التجارب التي قام بها العالم الألماني (كارل لاند ستابير) سنة 1905 الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ إتحادهما ببطء و عودة الدم إلى الشكل الطبيعي، و عندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر فلاحظ إما أن الإتحاد يتم ببطء و يعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا و البلازما يتبعان لشخص واحد، و أن الإتحاد لا يتم و ينتج عن ذلك تجّلط الدم (blood agglutination) و بناءا على ذلك و جد العالم (لاند ستابير) أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي: A– B– AB – O و تشبه فصائل الدم بصمات الأصابع فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة حتى الموت.[73]

و من جهة أخرى يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة و التي تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة، تسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد (antigènes) كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (anti bodies) في بلازما الدم، و يولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة.

و فيما يلي جدول يوضح العلاقة بين مولدات الضد و الأجسام المضادة في مجاميع الدم المختلفة،

---

[72] سورة النحل الآية (43).

[73] رضوان بن علال:إثبات النسب بين الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة , فوج 33 سنة 2003–2005,ص55.

و التراكيب الجينية التي تقابلها:

الفصيلة	مولدات الضد في كريات الدم الحمراء	الأجسام المضادة في البلازما	التراكيب الجينية
A	A	مضاد B (بيتا)	نفي AA هجين AO
B	B	مضاد A (ألفا)	نفي BB هجين BO
AB	AB	------	AB
O	------	مضاد A (ألفا) مضاد B (بيتا)	OO

و أشير في هذا الصدد إلى نظرية برنستين في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك 3 عوامل موروثة (A،B،O) حيث (A،B) سائدة، بينما (O) متنحية و كل نسل له اثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد.

مثال: طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أو AO طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أوBO و إذا ورث عاملين متنحيين سيكون O و إذا ورث عاملين سائدين سيكون AB

و قد دعمت نظرية برنستين بالحقائق التالية:

- أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB
- أب AB لا يمكن أن يكون له طفل O
- أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل الأربعة.

و فيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين و فصائل الأطفال الممكنة و الغير الممكنة[74]

(74) جلال الجابري – الطب الشرعي و السموم – الطبعة الأولى / الإصدار الأول 2002 – الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع – عمان ص 186.

فصيلة الاب	فصيلة الام	فصيلة الطفل	
		ممكن	غير ممكن
O	O	O	AB, B, A
A	A	O, A	AB, B
A	O	O, A	AB, B
B	B	O, B	AB, A
A	B	O, AB, B, A	------
AB	AB	AB, B, A	O
AB	O	B, A	AB, O

ب. نظام RH

لقد ثبت علميا أن 80 % من البشر يوجد في خلاياهم الحمراء مولدات الضد و هي ذات 6 نماذج e.، C، D، E، c،d الثلاثة الأولى سائدة و الثلاثة الأخيرة متنحية، و إذا كان لشخص واحد أو أكثر من الثلاثة السائدة الأولى فإنه يعتبر Rh^{+} ve أو Rh^{-} ve إذا كان مولد الضد هذا موجود في خلاياهم الحمراء أم لا .و يساعد عاملRh في النزاع حول الأبوة، فإذا كان كلا الوالدين سلبيين فإن الطفل لا يكون إيجابيا أبدا.

ت. نظام MN

إذا كانت مولدات الضد A،B موجودة في كريات الدم الحمراء في الوقت نفسه فإن الأجسام المضادة ألفا و بيتا موجودة في المصل، فإن مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المصل و بالتالي فإن واحداً أو كل مولدات الضد يجب أن يكون موجودا في كريات الدم الحمراء، و هذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO[75]،و لتوضيح المسألة نعطي هذا المثال:

إذا كانت الام ،(M^{+}،N^{+}) الابن (M^{-}،N^{+}) و الأب المفترض (M^{+}،N^{-}) ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الإبن حصل علىN^{+} من أمه و بالتالي M^{-} من أبيه.

---

(75) جلال الجابري – الطب الشرعي و السموم – الطبعة الأولى / الإصدار الأول 2002 – الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع – عمان ص 186،187.

ث. نظامHLA

يتميز جسم الإنسان بمناعة تمكنه من تميز كل ما هو ذاتي للحفاظ عليه ، وما هو غير ذاتي للمخلص منه، كالجراثيم و الأعضاء و الأنسجة الأجنبية عن الجسم، و العامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم و الذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات، و قد أدت الأبحاث إلى اكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي و سميت بنظام:

HLA (Human leukocyte antigen)و كل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين واحد من الأب و الآخرمن الأم، مما يعطي له الفعالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا إلا أن ذلك لا يجدي نفعا في حالة الزواج العائلي.

ثانيا:نتائج فحص فصائل الدم دليل مؤ ّكد للنفي فقط

إن كل طفل يرث صفاته مناصفة من أبيه وأمه ، ففي حالة توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه،فإن هذا لا يفيد قطعيا في إثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحد منهم .

ولهذا فإن تحليل الفصائل الدموية لا تعطي أكثر من 40% في مجال إثبات النسب،وهي نسبة كما هو معلوم لا تفيد القطع ، وبالتالي لم يكن من الممكن الاعتماد عليها كوسيلة لإثبات النسب ،بينما تصلح كدليل لنفي النسب بنسبة 100% ،لذلك تصنف ضمن الطرق العلمية ذات الحجية الظنية و قد أفرز التطور البيولوجي أكثر من 20 نظاما لفحص الدم تعد بمثابة قرينة قاطعة في نفي النسب دون إثباته.

و بفضل التقدم البيولوجي في مجال الهندسة الوراثية فلم يعد فحص الدم قاصرا على دوره التقليدي و هو كونه دليلا مؤكدا على للنفي و إنما أصبح له دور حديث كدليل للإثبات و بطريقة لا تقبل الشك و هذا ما سوف نتطرق له في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: نظام البصمة الوراثية

يرجع الفضل في اكتشافها الى البروفيسورالكس جيفيز سنة 1985 حيث جاء الدكتور إريك لاندر ليطلق على هذا الاصطلاح: محقق الهوية الأخير.

و تعتبر النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ما عدى كريات الدم الحمراء مستودع المادة الوراثية التي توجد على الكروموزومات أو الصبغيات و التي تختلف من كائن إلى آخر و عددها عند الإنسان 46 كروموزوم خلافا للكروموزومات الجنسيّة [76] .

اولا:تحليل البصمة الوراثية

يتركب الكروموزوم من سلسلة طويلة من المادة الوراثية ADN و يعرف بالحامض النووي الريبوزي اللاأكسجيني و يتركب من قواعد الأدنين (A) و التايمين (T) و الجوانين (G) و السايتوزين (C) بالإضافة إلى السكر الخماسي و الفوسفور، و بعد اتصال هذه القواعد ببعضها لتكوين ال (ADN) تلتف بصورة سلالم حلزونية حول بعضها مشكلة سلسلتين ملولبتين تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب و تمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم و من مجموع السلسلتين يتميز الإنسان بصفات تميزه عن غيره من البشر و هي التي تكون ما يسمى بالشفرة الوراثية (genetic code) و من التطبيقات العملية لاستخدامات الهندسة الوراثية في مجال إثبات النسب و نفيه، لأ ّ ن المادة الوراثية للطفل تتكون من الأبوين مناصفة فالعدد الصبغي و الكروموزومات الموجودة في كل خلية في الطفل هي ستة و أربعون، ثلاثة وعشرون من نطفة الأب وثلاثة و عشرون من بويضة الأم.
و لإثبات أو نفي بنوة طفل إلى أب معين أو إلى أم معينة حين يدعي أحدهما أو كلاهما نفي أو إثبات نسب الطفل إليه، نأخذ عينات من (ADN) لكل من الأب المزعوم و الأم المزعومة و الطفل لإجراء المطابقة، فإذا كان أحد الوالدين المزعومين أبا لهذا الطفل فإن نصف (ADN) للطفل سيطابق مع (ADN) الأب وبهذا يتم إثبات النسب بوجه علمي دقيق، و نفس الأمر بالنسبة للأم، أما عندما يختلف الـ (ADN) للطفل مع (ADN) الأبوين فإنهما بالقطع ليسا والدي لهذا الطفل، و بهذا يمكن نفي نسب الطفل لهذين الأبوين.

ثانيا: موقف مدونة الاسرة من الخبرة الطبية

لقد شكل صدور مدونة الأسرة حدثا حقوقيا كبيرا ، وذلك بالنظر للأبعاد العميقة لقضايا العصر على العديد من المستويات.

---

[76] -د. إبراهيم بن ناصر الحمود - مقال حول البصمة الوراثية على موقع www.islamtoday.net

وهذا عكس مدونة الأحوال الشخصية القديمة وما سار عليه العمل القضائي في عدم الاخد بالخبرة الطبية في مجال النسب ، حيث كانت هذه المدونة تقتصر في فصلها 79 على وسائل الاثبات ،"يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع،بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته" ولم تتطرق للخبرة كوسيلة لإثبات النسب ، والسبب في ذلك هو أن الفقه لم يتناول هذه الوسيلة بل تناول القيافة كوسيلة قريبة منها،كما سبق تفصيله.

وعلى خلاف ذلك فقد عالجت مدونة الأسرة هذا الجانب في المادة 158،[77] حيث اعتبرت الخبرة من الوسائل الشرعية في إثبات النسب ،وبذلك يكون قد حل الإشكال الذي كان مطروح ا قضائيا في تفسير عبارة الوسائل المعتبرة شرعا بإدخال الخبرة الطبية ضمنها.

وللإشارة فإن المشرع المغربي اعتبر الخبرة الطبية وسيلة لإثبات النسب عن طريق إثبات العلاقة الزوجية، وذلك بمقتضى المادة 16،والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه " إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة " [78] وقد نصت على الخبرة في أكثر من مادة مثل المواد 16،153،156،158.

وهذا سيمكن من سد باب الذرائع وبإلحاق الكثير من الأبناء بآبائهم على الأقل الطبيعيين وتحمل الأب المسؤولية في الإنفاق ، وعدم جعل المرأة هي المسئولة الوحيدة على فعل ذلك.

فهذه الخبرة ستحقق الكثير من العدالة بين فئات تكون نواة المجتمع وهما الزوجين وستجعل الاطمئنان وهو الصورة الحقيقية للزوج.

بإذن لقد أصبح موقف مدونة الأسرة من الخبرة الطبية إيجابيا جداً ، فإضافه إلى اعتمادها كوسيلة لإثبات العلاقة الزوجية ،فقد اعتمدتها في إثبات ونفي نسب الولد إلى أبيه بشروط، حيث من تشدد في اعتمادها لنفي النسب بشروط لكون النسب ليس حقا للوالدين فقط ،بل حقا للطفل أيضا لذلك فإنه لا ينفى إلا بدليل قطعي.

ونظرا لكون المشرع متشوف للحوق الأنساب،ولكون النسب يثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأي وجه .[79] فقد أعطى المشرع المغربي للمحكمة سلطة تقديرية

---

[77] المادة 158 مدونة الأسرة
[78] المادة 16 مدونة الأسرة
[79] نزار مراد الحداد ,مرجع سابق ,ص62.

واسعة، لتقييم دلائل المدعي على ادعائه،فإن اقتنعت أمرت بإجر اء خبرة طبية، ولا يؤخذ بها إلا إذا كانت قاطعة في نفي النسب.

ثالثا:شروط اللجوء الى الخبرة الطبية

يمكن استخلاص الشروط من المادة 153 من مدونة الاسرة حيث جاء فيها :

« يثبت الفراش بما تتبت به الزوجية:

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين.

- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه.

- صدور حكم قضائي بهذه الخبرة».

أ- ادلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه

جاء في المادة 153أعلاه « ادلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه » لكن المشرع المغربي لم يحدد الدلائل وترك المجال مفتوحا لمحاكم الموضوع في تقديرها،بحيث يمكن أن تكون ،شهادة طبية تثبت عقم الرجل ،أو محضراً للشرطة القضائية يفيد أن زوجته تتعاطى بكيفية اعتياديه للخيانة الزوجية ،أو يتضح للمحكمة اقل مدة الحمل...،الخ.

وعليه ففي حالة عدم توافر الدلائل القوية لايمكن اللجوء الى الخبرة لنفي النسب المسند الى فراش صحيح وتبقى مسالة الدلائل القوية مسالة واقع لا مسالة قانون،وان كانت تحتاج الى تعليل منضبط.[80]

ب:صدور أمر قضائي بالخبرة

بعد تحقق الشرط الأول والتأكد من الدلائل القوية ،تشترط المادة **153** صدور امر قضائي بإجراء الخبرة من طرف جهة مختصة ،ولايقبل من الزوج خبرة طبية اتفاقية لم يسبق للمحكمة أن أمرت بها.

وتسند المحكمة إجراء الخبرة إلى مختبر الشرطة العلمية التابع لمديرية الشرطة القضائية بالادارة العامة للامن الوطني ،وتتم هذه الخبرة بحكم تمهيدي،وإدا رفض أحد ال طرفين الحضور لإجراء تلك الخبرة فإن الاجتهاد قد استقر على اعتبار ذلك قرينة تبطل مزاعمه.

---

[80] محمد الكشبور ،مرجع سابق ،ص.312.

وبذلك فإن القضاء المغربي اعتمد نهج المشرع الفرنسي بترتيب نتائج رفض الرجل الخضوع للخبرة الجينية أو عدم الامتثال لموعد إجرائها لاحقا ،فاقر لحوق النسب.

رابعا: التنازع بين الفراش والخبرة الطبية

لم يتعرض المشرع المغربي لهذه الإشكالية بنص صريح،حيث يظهر انه من الصعب ايجاد حل لها على مستوى الفقه الإسلامي،وقد عرض نزاع على المجلس الأعلى ذي طرف أجنبي حيث اصدر قراره عدد 658 بتاريخ 30 دجنبر 2004،في الملف الشرعي عدد 2003.1.2.556،وسنعرض أحداثه كتالي:

تقدمت سيدة بادعائها انها كانت حاملا أثناء طلاقها ،وقد وضعت بنتا وتطلب من المحكمة ان تحكم لها بتسجيل بنتها بدفتر الحالة المدنية للمدعى عليه،حيث اجاب المدعى عليه بأن المدعية سبق لها أن رفعت نفس الدعوى أمام محكمة مولهوز Mulhouse بفرنسا،انتهت بنفي نسب البنت عنه بواسطة خبرة طبية قضائية.

وحكمت المحكمة الابتدائية وفق طلب المدعية مستندة على أن النسب مرتبط بالفراش على اساس الولد للفراش.وهو حكم أيدته محكمة الاستئناف بالجديدة.

تمسك الطاعن أمام المجلس الأعلى بالحكم الصادر عن القضاء الفرنسي والذي حكم بأ ن البنت ... ليست من صلبه بالاعتماد على الخبرة الطبية.

وثم عرض الطعن أمام المجلس الأعلى بغرفه الست مجتمعة ،حيث قررت مايلي:

"حيث أن المحكمة المطعون في قرارها قد بنت قضاءها على أنه إذا ولدت الزوجة بعد فراق يثبت نسب الولد إذا جاء به خلال سنة من تاريخ الفراق،...

وإنه ثبت أن الطالب قد طلق زوجته المطلوبة بمقتضى رسم الطلاق المؤرخ في ِ1996/2/2.كما ثبت من عقد الازدياد رقم ...أن المطلقة ...ولدت من أبويها ...لذلك فإنها قد ولدت داخل سنة من تاريخ الفراق،وأن نسبها ثابت لأبيها الطالب طبقا لمقتضيات الفصل 76 من مدونة الاحوال الشخصية،مؤيدة الحكم الابتدائي فيما قضى به،معللابأن الحكم الأجنبي المحتج به الصادر ...بفرنسا...حكم بأن المدعى عليه ليس أبا للطفلة ...اعتمادا على دراسة الدم وتحليله لنفي نسب البنت ...،إلا أن ذ لك مخالف

لمقتضيات الفصل 76الذكو اعلاه،كما أنه كان في وسع الزوج الطاعن نف ي النسب عن طريق اللعان...[81]

حيث أن الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981 المتعلقة بحالة الأشخاص والأسر وبالتعاون القضائي بين الدولتين، ...المستدل بها...والمحكمة المطعون في قرارها لما اعتبرت استدلال الطالب بالاتفاقية المذكورة لم يكن في محله لسبب بسيط جد ا هو أن الاتفاقية المذكورة إنما تتعلق بتطبيق القانون الفرنسي من قبل المحاكم المغربية أو تطبيق القانون المغربي من لدن المحاكم الفرنسية ولا علاقة لها بتنفيذ الأحكام الصادرة عن قضاء أي دولة من ا لدولتين المتعاقدتين فوق تراب الدولة الأخرى باستثناء ما أشارت إليه المادة 13 من الاتفاقية المتعلقة برسوم الطلاق المخاطب عليها من لدن قاض مغربي .

وبناء على ذلك في وسع المجلس الأعلى أن يصرف النظر عن الدفع المستند إلى الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، لأنه دفع غير مجدي لاعتبارات متعددة، منها أن عناصر النازلة كلها تقتضي الخضوع للقانون المغربي بمفرده ،ودون أن يزاحمه القانون الفرنسي في ذلك، إذ إن الطرفين معا يحملان الجنسية المغربية، والرابطة التي تمخض عنها النزاع، أي رابطة الزواج نشأت و انحلت في المغرب، و الدعوى القضائية الناشئة عن حل الرابطة الزوجية رفعت أمام القضاء المغربي، ومن ثم كان العنصر الأجني الوحيد في النازلة هوالحكم الأجنبي المتعلق بنفي النسب .

ولسنا في حاجة للإشارة أن النازلة ، موضوع الحكم محل التعليق الماثل ، تخضع دون شك أو خلاف لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 ، لأن عناصر النازلة كلها ، بما في ذلك الحكم الابتدائي وقرار محكمة الاستئناف ، قد نشأت وتكونت و انقضت قبل صدور مدونة الأسرة لسنة 2003 ، وبالتالي فإن صدور قرار المجلس الأعلى في 9 مارس 2005 لا تأثيرله مطلقا في هذا الميدان ، إذ هو ينسجم تماما مع الأحكام المقررة في مدونة 2003 التي قررت أن تظل المقررات الصادرة قبل تاريخ دخول هذه المدونة حيز التنفيذ خاضعة، من حيث الطعون وأجالها ، للمقتضيات المضمنة في الظهائر المشار إليها في المادة 397 المكونة لمدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 .

---

[81] محمد الكشبور ،مرجع سابق ،ص.313-314.

وفي النهاية ، هناك مسألة واقعية ، يمكن التفكير فيها ، لا شأن للقضاء المغربي بها، تتعلق بمصير الحكم الماثل في فرنسا، على أساس أن واقع النازلة التي صدر بشأنها حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى توحي بأن طرفي النازلة أو أحدهما على الأقل وهو الرجل المطلق ، أي الطالب في مرحلة النقض، يعيش في فرنسا، الأمر الذي يعني أن سلطان الحكم الصادر عن المجلس الأعلى محصور بالتراب المغربي، ومن ثم فإن تسجيل البنت في الحالة المدينة إنما يخص الحالة المدينة المغربية دون الفرنسية ، كما أن الإنفاق عليها إنما يتم استخلاصه من الأموال العائدة لأبيها والموجودة في المغرب أما القاضي الفرنسي . فلن يلتفت إلى الحكم الصادر عن المجلس الأعلى ، إذا لجأت المرأة المطلقة إلى فرنسا وطلبت تنفيذه ، لأن القاضي الفرنسي يمتنع حتما عن تنفيذ أي حكم أجنبي إذا كان يتعارض مع حكم سابق صدر عن إحدى المحاكم الفرنسية. [82]

خامسا: التنازع بين اللعان والخبرة الطبية

تنص المادة 153 من مدونة الاسرة على أنه :

« يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب ، لا يمكن الطعن فيه الا من الزوح عن طريق اللعان ،أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين.

- ادلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه.

- صدور حكم قضائي بهذه الخبرة».

فالمشرع في هذا النص وضع وسيلتين لنفي النسب : اللعان وهو وسيلة شرعية و الخبرة الطبية وهي وسيلة علمية وطبية حديثة. فما هو الحل الواجب الإتباع عندما تتعارض هاتان الوسيلتان؟

بالنسبة للنقاش الفقهي حول هذه الم سألة، نجد أكثر من رأي، إذ هناك من يرى أن البصمة الوراثية بديل عن اللعان،ومجمل ه ذا الرأي أن البصمة الوراثية تجرى أولا فإذا كانت موافقة لرأي الزوج ينفي النسب بالبصمة الوراثية،بينما يكون للزوجة أن تدرأ عن نفسها التهمة بدعوى الغصب أو غيره،ويحد الزوج للقذف إذا كانت البصمة تؤكد أن الطفل من صلبه ولا ينفي الطفل وهذا الرأي ذهب إليه سعد الدين مسعد هلالي.

---

[82] رسالة محاماة العدد-27- المحور الثاني:التعليق على قرارات قضائية على الموقع http://www.barreaurabat.ma

وهناك من يرى أن البصمة الوراثية لا تقدم على اللعان لأن من شأن ذلك أنه سيؤدي إلى تعطيل نص قطعي في كتاب الله. [38]

ويذهب محمد الكشبور إلى أن تقنية البصمة الوراثية تظل وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالة عدم الاحتكام إلى اللعان، ويبقى للزوج أن يختار إحدى الوسيلتين وهو إن اختار لايرجع.

وقد عرضت على القضاء المصري قضية تتعلق بنفي نسب بنت،تم اللعان بين الزوجين بناء على طلب من الزوج، وبعد أن أجابت المحكمة الزوجة فـي طلبها بإحالة الطفلة على الطب الشرعي الذي اثبت عن طريق البصمة الوراثية نسب البنت من الزوج الملاعن، وأمام هذا التضارب، عرضت المحكمة القضية على دار الإفتاء المصرية التي قررت بأنه يفرق بين الزوجين المتلاعنين ويثبت نسب الطفلة إلى والدها الملاعن. وبذلك تم التوفيق بين اللعان والخبرة الطبية. [84]

وفي ظل مدونة الأسرة يمكن للزوجة أن تطلب إجراء خبرة طبية، لإثبا ت كذب الزوج الذي سارع إلى المطالبة باللعان لإنكار النسب. [85]

سادسا: تنازع البصمة الوراثية والإقرار بالنسب

الإقرار يعني إلحاق شخص مجهول النسب بنسب من أقر بنسبه، إذا تحققت الشروط المنصوص عليها في المواد 160 و 161 و 162 من مدونة الأسرة. لكن ما هو الحكم إذا ما اقر شخص بنسب آخر، ثم عاد فطالب بنفي النسب اعتمادا على البصمة الوراثية؟

لم يتعرض المشرع لهذا الإشكال، أما من الناحية الفقهية فالإقرار بالبنوة متى تم صحيحا لا يقبل الرجوع فيه بأي وجه من الوجوه.

ويرى أغلب الفقه أن الإقرار بالنسب يقدم على النفي بالبصمة الوراثية تغليبا لحق الطفل مجهول النسب والذي تدعمه قاعدة أن الشرع متشوق للحوق النسب.

أما الحلقة النقاشية حول "مدى استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة" المنعقدة أيام 3 و4 ماي 2000 بالكويت،فقد جاء في إحدى توصياتها انه يجوز الاحتكام إلى البصمة الوراثية في حالة عدول

---

[38] محمد فريد الشافعي:"البصمة الوراثية و دورها في الإثبات"،مرجع سابق،ص132.

[84] محمد الكشبور:"البنوة والنسب في مدونة الأسرة..."،مرجع سابق ص 214و215.

[85] وزارة العدل:"دليل عملي لمدونة الأسرة"،منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية"،سلسلة المعلومات للجميع،العدد1،ابريل2007،ص97.

الأب عن استلحاق مجهول النسب أو إنكار أبنائه بعد وفاته، وفي توريث مجهول النسب إذا اقر بعض الإخوة بإخوته ونفاها البعض الآخر.[86]

وفي هذا الصدد يذهب المجلس الأعلى إلى أن الإقرار بالنسب يمنع بعد ذلك سماع دعوى تتعلق بنفيه.[87]

إلا انه قد تتواجد المحكمة أمام دلائل قوية تدفعها إلى الاستعانة بالخبرة الطبية،وفي غياب تلك الدلائل التي يجب أن تبرزها المحكمة من خلال تعليلها، فلا تقبل البصمة الوراثية لهدم الإقرار بالنسب.

وهذا هو موقف محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها الذي جاء فيه:"حيث أن محكمة أول درجة عندما قضت بإلحاق نسب البنت..بالمستأنف،اعتمدت رسم إقرار بنسب عدد247 المنجز في 3 دجنبر 2000، والإقرار يثبت به النسب والمقر مشهود بأتميته.

وحيث تمسك المستأنف بإقرار المستأنف عليها ل[نسخة عدد 373] لا ينهض حجة كافية لنسخ ما جاء في إقراره، وإقرارها بان البنت المذكورة من أب غير معروف لديها وليس مجهولا،وبالاطلاع من طرف القضاء على إقراره أصبح الأب معروفا، ومن جهة أخرى فذلك الإقرار ضمن به انه قصد تسجيل البنت بسجلات الحالة المدنية، وهذا الحصر في تحديد القصد من الإقرار لا يبرر التوسع في تفسيره.

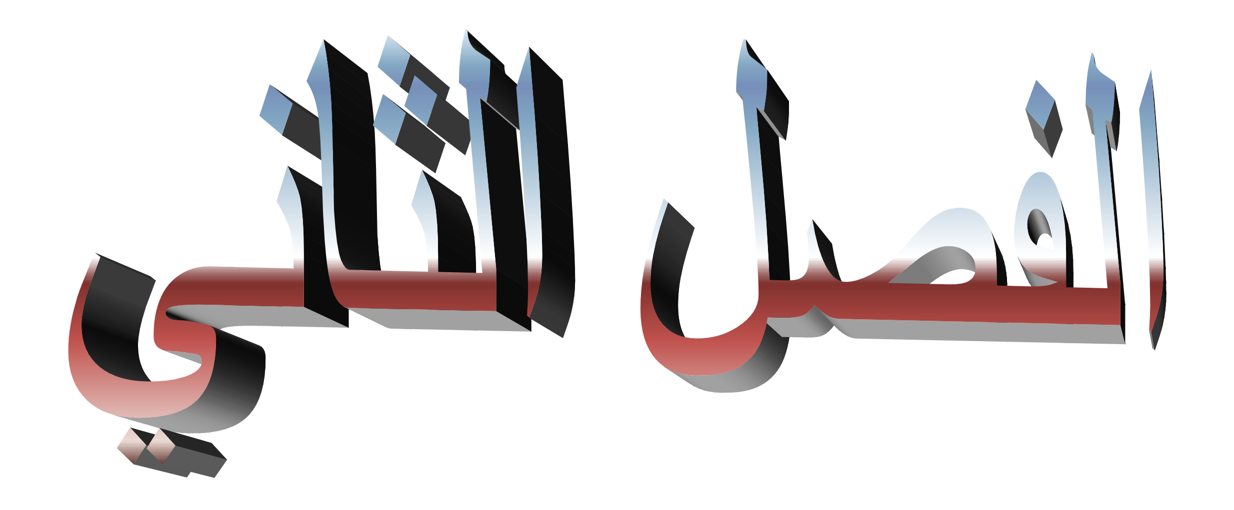
وحيث أن عدم وجود دلائل قوية يدحض الإقرار أعلاه، لا يبرر اللجوء إلى إجراء خبرة جينية، وبالتالي فالحكم الابتدائي مرتكز على أساس قانوني سليم فيما قضى به ويتعين تأييده...".[88]

---

[86] يوسف فيلالي محسن:"إثبات النسب ونفيه بالتحاليل الطبية مقارنة تشريعية وفقهية وقضائية"،مرجع سابق،ص279 و280.

[87] قرار صادر بتاريخ 8يونيو2005 مشار إليه في : محمد الكشبور:"البنوة والنسب في مدونة الأسرة...".مرجع سابق،ص 218.

[88] قرار صادر بتاريخ 2007/3/19 ملف عدد2006/2247،منشور في:وزارة العدل: "المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة" الجزء الأول، مرجع سابق، ص243.


الفصل الثاني

لقد نظم المشرع المغربي مشمولات الهوية بإصدار مدونة الأسرة، حيث نظم النسب، وبإصدار قانون الحالة المدنية، حيث وضع أحكاما للاسم واللقب وتاريخ الولادة . إلا أن المحاولة الأكثر جدية هي التي كانت في السنوات الأخيرة، إذ عرف المغرب حركة تشريعية سريعة لا مثيل لها همت مختلف المجالات وعلى رأسها ميدان الطفولة، كما أدخل عدة إصلاحات على تشريعات موجودة، كقانون الحالة المدنية الجديد، مدونة الأسرة، القانون الجنائي، قانون كفالة الأ طفال المهملين، كلها جاءت لتعزيز حماية الطفل وخاصة حقه في الهوية،وما يهمنا هنا هي الحالة المدنية حيث سنتطرق إلى حق التصريح بالولادة (المبحث الأول)،ثم حق الطفل في الاسم ومدى قيمة وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حق التصريح بالولادة

غير خاف على أحد الدور الهام الذي يكتسيه التصريح بالطفل في سجلات الحالة المدنية ، لتعلق باقي الحقوق الأخرى به. كما أن التصريح بالولادة داخل الأجل القانوني له عدة مزايا، أولها أنه يضبط الناس في معاملاتهم مع مصالح الحالة المدنية ، وثانيها يتمثل في لكون التصريح عقب الولادة وفي الآجال القريبة يكون أقرب إلى الحقيقة، وهو ما يترتب عنه ضبط عمر الطفل وكذا باقي البيانات الأخرى المتعلقة به بشكل حقيقي،[98] الشيء الذي يضمن له إثبات وجوده القانوني، وحفظ حقوقه كلها من نسب ونفقة وإرث وحضانة... منذ ولادته، بالإضافة إلى حقه في التمدرس والحصول على بطاقة التعريف الوطنية التي تثبت هويته وتيسر له قضاء أبسط حاجياته اليومية.[09]ووعيا من المشرع المغربي بأهمية الحالة المدنية ، فقد نظم التصريح بالولادة في قانون الحالة المدنية الجديد،[19] ومرسومه التطبيقي الصادر في 9 أكتوبر 2002 تحت رقم 665 .99. 2. إذ جعل التصريح إجباريا وإلزاميا.

---

[98]- أحمد افزاز."نظام الحالة المدنية في التشريع المغربي " في مجلة الملحق القضائي، عدد 19، 1988، ص40.
[09]- خالد بنيس، دعاوى الحالة المدنية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، دار النشر المعرفة، الرباط: 1994، ص41.
[19]- صدر هذا القانون بظهير شريف رقم 239.02.1 في 3 أكتوبر 2002القاضي بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية.

حيث تقضي المادة 3 من القانون والمادة 15 من مرسومه التطبيقي بإلزامية التصريح بالولادة داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ وقوع الولادة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحرر بناء على ذلك رسما لهذه الواقعة. فكيف يتم هذا التصريح؟ إن التصريح بالولادة قد يكون مباشرا (المطلب الأول)، وقد يكون عن طريق استصدار حكم قضائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التصريح المباشر

ونقصد به التصريح الذي يقع داخل الأجل القانوني الذي حدده المشرع لذلك، أي 30 يوما من تاريخ وقوع الولادة، لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها، من طرف الأشخاص المؤهلين لذلك قانونا، ولمعرفة هؤلاء الأشخاص لابد من التمييز بين الحالات الآتية:

1- حالة الطفل الشرعي:

الأصل أن يتولى الأب الشرعي للمولود أو الأم التصريح بولادته، ويلاحظ هنا أن القانون الجديد جعل الأب والأم في مرتبة واحدة في تحمل مسؤولية تسجيل الطفل، وفي حالة تعذر قيامهما بذلك، ينتقل حينئذ واجب التصريح إلى وصي الأب، ثم الأخ من بعده ثم ابن الأخ، ويقدم الشقيق على الأخ للأب، ويقدم هذا الأخير على الأخ للأم، كما يقدم الأكبر سنا على من هو أصغر منه، متى كانت له القدرة الكافية على التصريح، ولا ينتقل واجب التصريح من أحد الأشخاص المذكورين إلى الذي يليه في المرتبة إلا إذا تعذر التصريح من الأول لسبب أو لأخر. وتجدر الإشارة إلى أن وزارة الداخلية في الدليل المتعلق ب ح.م ذهبت إلى إمكانية قبول التصريح حتى من الجد أو الجدة، بالرغم من عدم ذكرهما في قائمة الأشخاص الملزمين بالتصريح، كما يمكن قبول التصريح من أي من الأشخاص المذكورين أعلاه دون إلزامية احترام الترتيب الذي حددته المادة 16 من قانون الحالة المدنية، الذي لا تبرز أهميته إلا عند فرض العقوبة في حالة عدم التصريح.[29]

وارتباطا بموضوع العقوبة على عدم التصريح بالولادة يبرز عدم الانسجام والتعارض الموجود بين العقوبة المقررة في قانون الحالة المدنية والقانون الجنائي في الفصل 468، بحيث يتجلى هذا التعارض أولا على مستوى العقوبة المقررة في كل من القانونين، فقانون الحال ة المدنية يحدد العقوبة في الغرامة فقط في حين القانون الجنائي يحددها في الغرامة والعقوبة السالبة للحرية أو إحداهما، كما

[29] تنص المادة 31 من ق.ح.م على غرامة مالية من 300 إلى 1200درهم في حق كل شخص يقع على عاتقه واجب التصريح ولم يقم به داخل الأجل القانوني.

يتجلى التعارض أيضا في الأشخاص الملزمين بالتصريح، إذ المادة 468 لم تذكر من الأشخاص الواردة أسماؤهم على سبيل الحصر في المادة 16 من قانون الحالة المدنية سوى الأب، فـي حين أغفلت الأشخاص الآخرين، فما العمل إذن لحل هذا الإشكال ؟

لحل هذا الإشكال لابد من إقامة المفاضلة بين القانونين، ولما كان قانون الحالة المدنية قانونا خاصا والقانون الجنائي قانونا عاما، فإننا نقدم القانون الخاص على العام، لأنه هو الذي ينظم كل ما له ارتباط بالحالة المدنية. إضافة إلى أن المادة 31 من قانون الحالة المدنية أكثر حماية لحق الطفل في الهوية من الفصل 468، لأنها جعلت الأم من الأشخاص المسؤولين عن التصريح بالازدياد وفي مرتبة مساوية للأب، حيث ستطبق عليها نفس العقوبة خلافا للفصل 468، لأن إعفاء الأم من المتابعة قد يجعلها تعزف عن تسجيل مولودها، وبالتالي تضيع هويته.[39]

2- حالة الطفل المولود من أبوين مجهولين:

في ظل الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية السائدة والمتسمة بالتدهور، والتي تكاثر فيها هذا النوع من الأطفال، تدخل الم شرع[49] لوضع حد للمشاكل التي تعاني منها هذه الفئات، وحمل النيابة العامة عبء التصريح بالطفل في هذه الحالة تفعيلا منه لإلزامية التسجيل التي نص عليها قانون الحالة المدنية.

وعليه يباشر وكيل الملك هذا التصريح بعد إشعاره من طرف المستشفى الذي تم إيداع الطفل في ه، ويجب أن يكون الإشعار مرفقا بشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ومحضر الضابطة القضائية الذي تم بموجبه إيداع الطفل متضمنا جميع المعلومات المتاحة حول الوضعية التي وجد فيها، ويختار له اسم شخصي واسم عائلي وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير

[39] محمد الزمري:حق الطفل في الهوية ,رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ,جامعة سيدي محمد بن عبدالله ,كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ,فاس ,2005-2006,ص43.

[49] حيث ورد بالمادة 16:" ...إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية، أو بناء على طلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر،...".

ضابط الحالة المدنية في رسم المولود إلى أن أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة، قد اختيرت له، طبقا لأحكام قانون الحالة المدنية.[59]

3- حالة الطفل المجهول الأب:

هذا الطفل تتكلف أمه بواجب التصريح به أو من يقوم مقامها من نائب عنها أو وصيها ... كما تختار له اسما شخصيا واسم أب مشتق من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاصا به . وحتى يتمكن الأشخاص الملزمون بالتصريح بالقيام بهذه المهمة فقد سطر قانون الحالة المدنية مجموعة من المقتضيات التي تسمح وتشجع على التسجيل، إذ تم تبسيط مسطرة التسجيل بحصر الوثائق المدعمة للتصريح، واختزالها، والاقتصار على الأساسية منها فيما يتماشى والواقع المغربي . وتخفيفا للعبء على المواطنين المغاربة القاطنين بالخارج، تم السماح لهم بالتصريح بولاداتهم بالقنصليات والمراكز الدبلوماسية المتواجدة بأماكن إقامتهم.[59]

المطلب الثاني: التصريح بحكم قضائي

إن مقتضيات المادة 30 من قانون الحالة المدنية لا تجيز لضابط الحالة المدنية تسجيل الولادات التي لم يصرح بها في الآجال القانونية، وفي هذه الحالة يتعين على من له المصلحة أن يقيد دعوى أمام المحكمة الابتدائية لمحل سكنى الطالب، وهو أمر مستحسن مقارنة مع القانون القديم الذي كان يعقد الاختصاص لمحكمة مكان حدوث الولادة، أو أمام المحكمة الابتدائية بالرباط إذا لم يكن للطالب محل سكنى بالمغرب للحصول على حكم في الموضوع يأمر ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطفل.[69]

والمشرع لما سمح للمحكمة في المادة 30 من القانون رقم 99-37 بإصدار الأحكام التصريحية بالازدياد، يكون قد أتاح فرصة جديدة للشخص الذي لم يتمكن من التصريح داخل الأجل القانوني، أن يتدارك ما فاته . لكن في مقابل هذه الإمكانية المتاحة، فإن المشرع أوجب على الطالب إقامة الدليل على حقيقة ما يدعيه، خاصة وأننا نعلم أن إمكانية الخطأ والنسيان تكون واردة لطول المدة الفاصلة

---

[59] محمد الزمري ,مرجع سابق ,ص44.

[59] محمد الزمري ,مرجع سابق ,ص45.

[69] للإشارة فإن قانون المسطرة المدنية في الفصول من 217 إلى 220 نظم إجراءات طرح هذا النوع من القضايا أمام المحكمة.

بين الولادة وطلب التصريح قضائيا أحيانا، حتى يطلع القضاء على الوثائق المدلى بها، [49]
ليتأكد من ادعاء الطالب وصحة ثبوت النسب.[59] وهذه التحقيقات التي يقوم بها القضاء هي التي

تخول له صلاحية النظر في دعاوى التسجيل بالحالة المدنية كلما فات الأجل المحدد قانونا لذلك.

كما لا يفوتنا في هذا الإطار الإشادة بالاتجاه الذي ذهب فيه المجلس الأعلى عندما اعتبر الطلب الرامي إلى التصريح غير المباشر بالازدياد المقدم من طرف القاصر نفسه يعتبر مقبولا من الناحية الشكلية، رغم انعدام شرط ا لأهلية، مادام هذا الطلب من باب جلب المنفعة التي له الحق في اكتسابها بدون مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم.[69]

المبحث الثاني : حق الطفل في الاسم ومدى قيمة وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب

إن رسم الولادة يتضمن جميع البيانات المتعلقة بتحديد واقعة الولاد ة، طبقا للمادة 18 من المرسوم التطبيقي لقانون الحالة المدنية التي تنص على انه : " يتضمن رسم الولادة رقم الرسم وتاريخ الولادة محددا باليوم والشهر والسنة بالهجري والميلادي والساعة والدقيقة التي وقعت فيها الولادة ومكان وقوعها وجنس المولود وجنسيته، إذا كان أجنب يا، والاسم الشخصي الذي أعطي له والاسم العائلي والأسماء الكاملة لأبويه وتاريخ ومكان ولادتهما ومهنتهما وعنوان سكناهما، كما ينص فيه على هوية المصرح وسنه ومهنته وعنوان سكناه، ودرجة قرابته بالمصرح به أو صفته، وإذا تعلق الأمر بحكم تصريحي بالولادة، وجبت الإشارة إلى مراجعه والمحكمة التي أصدرته، ويُنص أيضا في الرسم على تاريخ تحريره بالتاريخين الهجري والميلادي، وأخيرا اسم وصفة ضابط الحالة المدنية الموقع على الرسم". معطيات وبيانات كلها واضحة ودالة بشكل لا لبس فيه على أن المشرع يهدف من وراء كل هذا إلى أن تكون هوية الطفل معروفة بأكبر قدر ممكن ولا يثير أي غموض أو التباس . ونظرا لكون هذه البيانات واضحة، فإننا لن نتطرق لها جميعها، بل وفقط سنتطرق فقط إلى حق الطفل في الاسم (المطلب الأول). والذي يجب التذكير به هنا هو أن هذه الإجراءات والبيانات التي تخضع لها وثائق

---

[49] من هذه الوثائق الدفتر العائلي، عقد الزواج أو ما يقوم مقامه لمعرفة هل الطفل ازداد داخل المدة المحددة شرعا لأقل وأقصى أمد الحمل، شهادة الازدياد الإدارية، شهادة عدم التسجيل.. .

[59] خالد بنيس، دعاوى الحالة المدنية، م.س،ص 74.

[69] قرار رقم 73741 صادر في 26 -09-1979، أورده عبد العزيز توفيق في شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، ج1، دار الثقافة، الدار البيضاء:1995،ص 171.

الحالة المدنية غايتها صيانة هوية الطفل وحفظها من كل ما من شأنه أن يطمسها أو يغيرها . الشيء الذي يؤدي إلى التساؤل عن مدى قيمة وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول : حق الطفل في الاسم

سنتطرق في النقطة الأولى إلى الاسم العائلي وفي النقطة الثانية إلى الاسم الشخصي .

أولا: الاسم العائلي

الاسم العائلي هو اللفظ الذي يطلق على الأسرة التي ينتمي إليها الشخص وبالتالي فهو مشترك بين كافة أفراد هذه الأسرة، وهو يميز كل أسرة عن الأسر الأخرى.[79] وقد ألزم قانون الحالة المدنية جميع من يقدم على التسجيل في الحالة المدنية لأول مرة أن يختار اسما عائليا يصبح لازما له ولأعقابه. غير أن الاسم العائلي المختار لأول مرة لا يصبح لازما إلا بعد عرضه على أنظار اللجنة العليا للحالة المدنية،[89] التي لها صلاحية تقدير ما إذا كانت الأسماء المختارة تتوافر فيها الشروط المتطلبة قانونا من عدمه، فإذا قبلته فإنه يصبح لازما للشخص ولأعقابه، أما إذا رفضته فإن الاسم المرفوض يعاد إلى ضابط الحالة المدنية المختص ليخبر بذلك المعني بالأمر الذي عليه اختيار اسم عائلي جديد يخضع لنفس المسطرة من جديد.

ومهما يكن الأمر، فإن الاسم العائلي للطفل الشرعي لا يطرح كثيرا من المشاكل مقارنة مع حالة الطفل المجهول الأبوين أو المجهول الأب، على اعتبار أن الطفل الشرعي يحمل الاسم العائلي لأبيه، الذي يفترض فيه أنه مسجل بالحالة المدنية، وحتى على فرض أن هذا الأب غير مسجل، يجب عليه كي يسجل ابنه أن يسجل نفسه هو مسبقا، وتسجيله يكون باسم عائلي قد تم اختياره وقبل من طرف اللجنة، وبالتالي أصبح ملزما له ولأعقابه، وهنا الطفل يكون له اسم عائلي معفي من كل هذه الإجراءات المعقدة والطويلة . وتبقى الحالة التي قد تثير بعض المشاكل كما سبقت الإشارة، حالة الطفل المجهول الأبوين أو الأب، فالطفل المجهول الأبوين ضابط الحالة المدنية هو الذي يختار له اسما عائليا واسما شخصيا وأسماء أبوين . أما الطفل المجهول الأب، فإن أمه هي التي تتكفل باختيار

---

[79] سعيد جبر، م.س، ص16.

[89] تتكون هذه اللجنة من مؤرخ المملكة رئيسا وقاض يمثل وزير العدل وممثل عن وزارة الداخلية، وتجتمع كلما ارتأت ذلك بوزارة الداخلية.

اسمه العائلي والشخصي وكذلك اسم أب من أسماء العبودية لله تعالى .[99] ومما لا شك فيه أن هدف المشرع من اختيار اسم عائلي وأسماء الأبوين هو رفع الحرج عن مجهولي الأبوين أو الأب عندما تكون رسوم ولادتهم خالية من اسم الأب أو الأبوين.[001]

وهكذا فالاسم العائلي المختار م ن طرف الضابط أو من طرف الأم يبقى غير ملزم للطفل إلى حين قبوله من طرف اللجنة العليا للحالة المدنية، الشيء الذي يطرح التساؤل التالي : ما مصير هذا الطفل في الحالة التي ترفض فيها اللجنة الاسم المختار لأول مرة والذي يكون قد سجل به في البداية؟ هل يعتبر إصدار وثائق للحالة المدنية بهذا الاسم العائلي موقوف التنفيذ؟ أم له حق استخراج وثائق الحالة المدنية، ويتم استعمالها في أغراض إدارية، وبعد ذلك يرفض الاسم ويعوض باسم أخر، فمن الذي يتحمل مسؤولية تصحيح وضعية الطفل قانونيا أمام تلك المصالح الإدارية؟

ثانيا : الاسم الشخصي

ويعتبر الاسم الشخصي حقا من حقوق الطفل، بل الأكثر من ذلك يجب أن يكون له اسم شخصي لائق، لأن تسمية الطفل بأسماء مخلة بالآداب أو غير لائقة من شأنه أن يخدش كرامة الطفل ويؤثر على توازن نموه النفسي لهذا عندما خلق الله تعالى الإنسان في أحسن صورة وميزه عن سائر الكائنات بالعقل، جعل لكل شخص من الأسماء ما يتميز به عن سواه من البشر ابتداء م ن أبينا ادم وأمنا حواء،[10(1)] فكل الرسل والأنبياء الذين ذكرهم الله في القران الكريم يتوفرون على أسماء لطيفة خفيفة عند النطق والسمع. وقد ثبت عن الرسول (ص) أنه كان ينهي عن قبيح الأسماء ويأمر بتغييرها وكان يحب الاسم الحسن ويتفاءل خيرا بحامله . فعن ابن عمر قال : " أن ابنة لعمر كانت تسمى عاصية فسماها الرسول (ص) جميلة"، وكذلك قول الرسول الكريم في هذا المجال : "إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء أبائكم فحسنوا أسماءكم ".[201] وقال صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس وأخرجه مسلم:"من ولد له ولد فليحسن اسمه وأدبه فإذ ا بلغ فليزوجه فإن بلغ ولم يزوجه فأصاب إثما فإنما إثمه على أبيه". ويبدو من خلال الشروط التي يجب توافرها في الاسم الشخصي الواردة بقانون

---

[99] خالد بنيس، الوجيز في إشكاليات قضايا الحالة المدنية، دار أور للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط:2005، ص12.
[001] سعيد زياد،" نظام الحالة المدنية بين وحدة الإطار التشريعي وتعدد الاختصاصات" في مجلة الملف عدد6 ماي 2005.ص 163.
[10(1)] ـ خالد بنيس، دعاوى الحالة المدنية، م.س،ص 144.
[201]ـرواه أحمد في مسنده وأبو داود عن أبي الدرداء رضي الله عنهم، الجامع الصغير، ج1، ص101.

الحالة المدنية أنها تهدف أيضا لأن يكون لكل شخص اسم لائق به، بل بالعكس من ذلك، إضافة إلى أن الاسم حق من حقوق الشخصية لصاحبه الدفاع عنه وصيانته.

ذلك نرى أن المشرع لم يوفق في وضع تلك الشروط بالدقة اللازم ة، وسنعود لمناقشة هذا الأمر بعد قليل، كما لم يوفق أيضا عندما اسند أمر تقدير توفر الاسم الشخصي على الشروط المتطلبة قانونا من عدمه إلى ضابط الحالة المدنية مما يفتح المجال في نظرنا أمام ضباط الحالة المدنية للتعسف في السماح للمواطنين باختيار أسماء لأبنائهم وفقا لما يرونه، وهو ما راح ضحيته العديد من الأطفال حيث بقوا بدون أسماء، إذ بعدما تم اختيارها من قبل أسرهم، وبالرغم من كونها أسماء عربية قحة كآدم وغيرها أو بعض الأسماء الأمازيغية، وبالرغم من أن اللجنة العليا للحالة المدنية تكون قد أقرت الاسم المرفوض من طرف الضابط في إحدى المكاتب الأخرى المتعلقة بالحالة المدنية، فإن بعض الضباط يرفضون بعض الأسماء المختارة من قبل الآباء والمتوفرة على الشروط القانونية حسب اللجنة العليا للحالة المدنية .[301] وتبقى هذه وغيرها تصرفات وثغرات يروح ضحيتها العديد من الأطفال فيحرمون من الاسم الذي هو حق منصوص عليه وطنيا ودوليا.[401]

إذا ثبت هذا، نبهنا إلى أن الشروط التي حددها قانون الحالة المدنية في المادتين 20 و21 والتي يجب توفرها في الاسم العائلي والاسم الشخصي، [501] تطرح مجموعة من الإشكاليات، لم يتم توضيح المقصود منها، مثلا ماذا يعني شرط ألا يكون مثيرا للسخرية أو ماسا بالأخلاق أو النظام العام أو لا يكتسي صبغة مغربية ...؟.الأمر الذي حملنا على اعتبار المادتين 20 و21 من قانون الحالة المدنية، مادتين يشوبهما الغموض وتلفه ما الضبابية، وتفسيرهما لا يُؤمن معه الوقوع في الزلل وبالتالي نرى ضرورة مراجعتهما.

والذي يجب أن نقوله هنا هو أن هذه الإجراءات والبيانات التي تخضع لها وثائق الحالة المدنية غايتها صيانة هوية الطفل وحفظها من كل ما من شأنه أن يطمسها أو يغيرها، وبالتالي تسد البا ب أمام

---

[301] http://membres.lycos.fr/tawizaneghmis/Tawisa79/anir.htm

[401] http://membres.lycos.fr/tawizaneghmis/Tawisa79/anir.htm

[501] للمزيد من التفصيل عن هذه الشروط انظر عمر النفعي، الاسم الشخصي بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع 38-39، 2001، وكذلك الليل العملي للحالة المدنية، منشورات مركز التوثيق للجماعات المحلية الصادر عن وزارة الداخلية.

السلوكيات غير القانونية لاحتواء هؤلاء الصبية من قبيل التبني الذي يطمس هوية الطفل بشكل كلي .
الشيء الذي يؤدي إلى التساؤل عن حجية هذه الوثائق في إثبات النسب ؟

المطلب الثالث: مدى قيمة وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب

سنتطرق في النقطة الأولى لحجية و ثائق الحالة المدنية في إثبات النسب، لنعالج بعد ذلك حجية هذه الوثائق بالنسبة لباقي بيانات الهوية ثانيا.

أولا : حجية وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب

يعتبر موضوع إثبات النسب بوثائق الحالة المدنية من المواضيع التي أسالت الكثير من المداد، بسبب ما ورد في ا لفصل الثامن من ظهير 8 مارس 1950 الذي كان ينص على ما يلي : « لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمس مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا بما يجري به العمل من القواعد لدى المحاكم الراجع إليها النظر في الأحوال الشخصية أو الميراث »، فهناك من ذهب إلى اعتبار أن النص واضح وبالتالي لا يمكن الاعتداد في إثبات النسب إلا وفق ما هو مقرر في مدونة الأحوال الشخصية بصريح النص . وهناك من ذهب إلى تجاوز منطوق النص، واعتبر أن سجلات الحالة المدنية ذات حجية وسند قانوني لإثبات الوقائع التي تتضمنها وخاصة واقعة النسب[601].

وإذا كان هذا الخلاف قائما حول حجية وثائق الحالة المدنية أمام وضوح الفصل 8 من ظهير 1950، فإنه سيستمر لا محالة مع الغموض الذي يلف المادة 2 من قانون الحالة المدنية الجديد التي تنص : «تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات ا لنسب والأحوال الشخصية ». فهذه الأخيرة أضفت صفة الوثيقة الرسمية [701] على وثائق الحالة المدنية، لكنها قيدتها بالأخذ بعين الاعتبار الشروط الشرعية أي الواردة في مدونة الأسرة المتعلقة بإثبات النسب، وهو الأمر الذي نعتقد أنه سيزيد من تعقيد الوضعية وتطوير النقاش وط رح

---

[601] ونقصد هنا الأستاذ أحمد الخمليشي في كتابه التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط:1994،ص100. والأستاذ ناصر متيوي مشكوري، م.س،ص 278.

[701] للمزيد من الإطلاع على الوثيقة الرسمية والشروط المتطلبة فيها انظر مغنية رشيدي، حق الطفل في النسب، بحث لنيل د.د.ع.م في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الحقوق، فاس: 2002\2003، ص 119. 120.

العديد من التساؤلات من قبيل : هل المادة 2 من قانون الحالة المدنية حلت الإشكال الذي كان قائما أم لازال الأمر على حاله؟ ما موقف القضاء من حجية وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب؟.

نظرا لعدم توفر اجتهادات قضائية فيما يتعلق بحجية وثائق الحالة المدنية في إثبـات النسب بعد صدور القانون رقم 99-37، ارتأينا التطرق لموقف القضاء المغربي ولاجتهاداته في الموضوع التي أصدرها في ظل القانون القديم للحالة المدنية . وهكذا ومن خلال تتبع القرارات القضائية الصادرة في هذا الإطار يتضح أن القضاء المغربي انقسم إلى اتجاهين، اتجاه يعتبر وثائق الحالة المدنية ذات حجية في إثبات النسب، واتجاه آخر يرفض إضفاء الحجية عليها في إثبات النسب.

الاتجاه الأول يمثله بعض قضاء الموضوع ويذهب إلى إضفاء الحجية على وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب، ومن ذلك قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء حيث جاء فيه :«حيث إن المستأنف ادخل الولد رشيد لحالته المدنية حسبما هو بكناش حالته المدنية هو اعتراف منه بنسبه إليه، ومن جملة الأشياء التي يثبت بها النسب إقرار الأب بالبنوة ولو في مرض الموت كما يدل على ذلك الفصلان 89و 92 من المدونة...وحيث اتضح مما ذكر بأن النكاح منفسخ بين المستأنف والمستأنف عليها وبأن نسب الولد لاحق قطعا لأنه اعترف به وأدخله إلى حالته المدنية... »[801]

وفي نفس الاتجاه يسير قرار آخر صادر عن نفس المحكمة إذ جاء فيه :"حيث إن الهالك أقر بابنته الآنسة ميشال حسب وثيقة الحالة المدنية الموجودة في ملف النازلة بتاريخ 26-01-1940 فور تسجيل ازديادها في سجلات الحالة المدنية لمدينة وجدة... مما يعتبر إقرارا منه بنسبها".[901]

الاتجاه الثاني: والذي يرفض إضفاء الحجية على وثائق الحالة المدنية وهذا الاتجاه كما سبق القول هو الذي تأخذ به بعض محاكم الموضوع، وكذلك قضاء المجلس الأعلى حيث اعتبر أن شهادة الميلاد عبارة عن تصريح يشكل مجرد إخبار يحتمل الصدق ويحتمل الكذب ولا تفي د اليقين حتى يعتد بها حيث ورد بقرار له : "إن شهادة الولادة التي أخذت بها المحكمة غامضة وعبارة عن تصريح تلقاه

---

[801] قرار عدد 1027 بتاريخ 30-07-1980 أورده ناصر متيوي مشكوري في أطروحته، م.س، ص274.

[901] قرار عدد 2097 بتاريخ 16 أكتوبر 1980 ذكره عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط:1999\2000،ص480.

ضابط الحالة المدنية من شخص غير معروف وحتى لو كان هذا الشخص معروفا فإنها مجرد إخبار يحتمل الصدق والكذب ..."[110]

نستنتج انطلاقا مما سبق أن القضاء المغربي الذي يتربع على رأسه المجلس الأعلى لم يأخذ بشهادة الميلاد كوثيقة في إثبات النسب حتى ولو كانت بناء على تصريح يتضمن إقرارا من الأب إذا كان هذا

الإقرار يصطدم بقواعد عدم إثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية.[111]

وللإجابة عن التساؤل الذي سبق أن طرحناه والمتمثل في: هل المادة 2 من قانون الحالة المدنية الجديد أزالت الإشكال الذي كان قائما أم لازال الأمر على حاله. نقول إنه قبل الحديث عن حجية وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب وفق مقتضيات القانون الجديد للحالة المدنية، لابد من التنبيه إلى أن تمديد هذا النظام ليشمل واقعتي الزواج والطلاق وتضمين البيانات الأساسية لهما بسجلات الحالة المدنية، يدل على أن المشرع أقام نوعا من التنسيق بين قانون الحالة المدني ة وقانون الأسرة . الشيء الذي يسهل الرجوع إلى هذه البيانات والحصول على نسخ لعقود الزواج (المسجل رقمها في سجلات الحالة المدنية) التي تثبت الزوجية، ذلك أنه كلما انضبطت هذه الواقعة كلما انضبط النسب وقل الاختلاف فيه والعكس صحيح.[112]

ونعتقد أنه مع تمديد نظام الحالة المدنية لواقعتي الزواج والطلاق، وفرض الإلزامية في التسجيل في الحالة المدنية، سوف تقل المشاكل المطروحة المتعلقة بالنسب، نظرا أولا لأنه يصعب على الزوج التنكر للعلاقة الزوجية لأنها موثقة بدورها، وثانيا لأن نظام الحالة المدنية إجباري ويتجه في إطار التعميم المفروض قانونا، إضافة إلى الجهود التي تقوم بها الدولة من أجل تأهيل مؤسسة الحالة المدنية والنهوض بها حتى تخرج من المشاكل التي تتخبط فيها، الأمر الذي انعكس وسينعكس إيجابيا على المردودية في أداء هذه المؤسسة، وبالتالي ضبط جميع الوثائق والبيانات التي تتلقاه وتصدرها.[113]

---

[110] قرار عدد1461 بتاريخ 1988/11/26، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص105.
[111]- عبد القادر لطفي،" الحالة المدنية واثبات النسب" في مجلة الدفاع، العدد 3، فبراير 2002،ص 55.
[112]- مغنية رشيدي، م.س، ص109.
[113] محمد الزمري , مرجع سابق .ص55.

إذا ثبت هذا نشير إلى أن وثائق الحالة المدنية حسب الفصل 2 من الحالة المدنية والفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود والبيانات المدرجة بها من طرف ضابط الحالة المدنية بناء على التصريح المدلى به أمامه والموقع عليها من طرف المصرح والضابط هي وثائق ر سمية لا تقبل الطعن إلا بالزور، غير أن هذه القوة الإثباتية ليست على إطلاقها إذ يلزم دائما مراعاة الشروط الشرعية للنسب حسب المادة 2 دائما .

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة وخاصة الفصل 158 نجده ينص: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السما ع وبكل الوسائل المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية "، وبهذا لا نجد أي مقتضى في مدونة الأسرة يربط بين النسب ومقتضيات قانون الحالة المدنية، وكذلك المادة 2 نفسها من قانون الحالة المدنية تنص على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب.

نستنتج مما سبق أن قانون الحالة المدنية لم يحل الإشكال والغموض، ونعتقد أن الأمر سيظل قائما على ما هو عليه، أي وجود تضاربات في الآراء والمواقف بخصوص حجية وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب، وندعو إلى الأخذ بوثائق الحالة المدنية في إثبات النسب للمبررات التالية :

- أن سجلات الحالة المدنية تعتبر المصدر المعتمد رسميا في الوقائع التي تتضمنها بشأن الوضعية القانونية والمدنية لصاحبها.

- أخذ بعض البلدان الإسلامية بوثائق الحالة المدنية في إثبات النسب كتونس مثلا حيث يذهب قضاؤها في هذا المسار،[411] وكذلك القضاء المصري.

- تحديد بيانات وشكل الرسم الذي تضمن فيه، والتأكد من هوية المصرح وتحديد الأشخاص المؤهلين لتلقي التصريحات وغيرها من البيانات والشكليات الأخرى التي تدل كلها على أن وثائق الحالة المدنية لها حجية حيث يقول الأستاذ المتيوي : " وفي هذا الإطار يدعو المنطق على الأقل أن تأخذ وثيقة

---

[411]- ناصر متيوي مشكوري،إثبات وقائع الحالة المدنية في القانون الدولي الخاص المغربي، م.س، ص278.

الحالة المدنية أمام القضاء نفس القيمة التي تحظى بها أمام الإدارات والمِؤسسات العمومية حيث إن إثبات المعني انتساب الولد له، يتم في الغالب بنسخة من عقد الحالة المدنية ".[511]

- إقامة جسور التواصل بين قانون الحالة المدنية ومدونة الأسرة، ولتفعيل أكثر هذا التواصل نرى أنه على القضاء أن يفسر الفصل 158 من مدونة الأسرة بشكل إيجابي ومنفتح حيث يتم اعتبار قانون الحالة المدنية من ضمن الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب خاصة بعد أن تم إصدار قانون جديد للحالة المدنية بدل القانون القديم الذي كان صادرا عن سلطات الح ماية، وبالتالي يمكن اعتبار القانون الجديد قانونا شرعيا.

- أن التصريح بالطفل من طرف الأب يعتبر إقرارا منه، حيث يصرح الأب بالابن ثم ينفيه بعد ذلك، وبالتالي تكون وثيقة الحالة المدنية دليلا سابقا عن وقوع الخلاف والطعن في النسب.

نخلص مما سبق أنه على الرغم مما تكتسيه وثيقة الحالة المدنية من صبغة الحجية الرسمية، فإنها قد استبعدت في إثبات النسب رغم تعلق قانون الحالة المدنية ومدونة الأسرة بموضوع واحد، ألا وهو حالة الأشخاص وقد يظل هذا الاستبعاد مكرسا قضاء، أمام غموض النص، لذلك من اللازم تدخل المشرع لتعديل قانون الحا لة المدنية، وجعله متلائما بشكل صريح مع مقتضيات مدونة الأسرة، واعتبار وثائقها وسيلة في إثبات النسب، أو على الأقل قرينة في إثباته، كما فعل التقنين المصري ومعه الاجتهاد القضائي، حيث اعتبرا ذلك على الأقل قرينة على ثبوت النسب إلى أن يثبت العكس.[611]

ثانيا : حجية وثائق الحالة المدنية بالنسبة لباقي بيانات الرسم

رأينا أن المادة 2 من قانون الحالة المدنية رقم 99-37 تضفي على وثائق الحالة المدنية الصفة الرسمية مع تقييدها فقط للمسائل المتعلقة بالنسب والأحوال الشخصية، وانطلاقا مما جاء في هذه المادة فإن هناك مجوعة من بيانات رسوم الحالة المدنية تتمتع بحجية إثبات قاطعة ولا تثير أي إشكال،

---

[511] ـ نفس المرجع ، ص: 278.

[611] ـ عبد القادر لطفي، م.س، ص58.

إلا أن هناك بعض البيانات التي ترد بالرسم تستحق بعض التحليل، ونقصد بالخصوص تاريخ ومكان الازدياد وجنس المولود، لذا نتساءل عن موقف المشرع من حجية هذه البيانات في الإثبات؟

إن السن القانوني للشخص يعتبر انطلاقا من وثائقه الثبوتية نقطة انطلاق أهلية وجوبه وأدائه طبقا لمدونة الأسرة، وهذه السن تؤخذ لزوما من دفتر حالته المدنية عند وجوده، ولا يمكن للمحكمة أن تعتبر السن المثبت في أي شهادة سواها، كالشهادة اللفيفية أو الشهادة الطبية .[711] وعليه فإن المحكمة لا يمكنها أن تعتبر سندا آخرا مثبتا لسن الشخص ومكان ولادته غير وثائق الحالة المدنية.[811]

لذلك نجد المحاكم تتشدد كثيرا عندما يعرض عليها أمر تغيير تاريخ الميلاد،[119] خاصة إذا كان

التاريخ المراد تغييره تم التصريح به داخل الأجل القانوني الذي حدده المشرع لتلقي التصريحات،

واعتبار أن ذلك التاريخ هو المطابق للواقع وذا حجية، مادام أن ذلك التصريح قد بني على وثائق مشهود بصحتها.[021]

غير أن موقف القضاء هذا الرافض لاعتبار أي تاريخ آخر غير الوارد بوثائق الحالة المدنية ليس على إطلاقه، بل إن محكمة الاستئناف بالحسيمة ذهبت في قرار لها إلى تفضيل الشهادة الطبية لإثبات السن القانوني بدل وثائق الحالة المدنية .[121] وهو قرار غير صائب في نظرنا لأنه كما نعلم فالشواهد الطبية غالبا ما يتم تسليمها بنوع من المحاباة وتكون المعلومات المضمنة بها غير حقيقية، بالإضافة إلى أن إثبات تاريخ الازدياد لدى باقي الإدارات يتم عن طريق وثائق الحالة المدنية، وبذلك فالحجية التي أضفاها عليها المشرع كانت عن حق (فكيف يعقل أن يكون للشخص اليوم تاريخ ومكان ميلاد والسنة المقبلة تاريخ آخر، وإذا حدث هذا فالمغزى الذي وجد من أجله قانون الحالة المدنية يصبح

---

[711] قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 432 بتاريخ 1983/04/26، ذكره الأمراني زنطار الحسن، نظام ح.م بالمغرب، الأحمدية للنشر، مطبعة سيمباب، الطبعة الثانية، الدار البيضاء:1999.ص66. وكذلك عمر النافعي، نظام الحالة المدنية بالمغرب: إشكال التعميم والضبط، م.س، ص 177.

[811] انظر القرارين الصادرين عن محكمة الاستئناف بورزازات في ملفي الحالة المدنية رقم 04/112 بتاريخ 17-11-2004، و04/124 بتاريخ 26-01-2005، قرارين غير منشورين.

[119] حكم المحكمة الابتدائية سيدي بنور ملف عدد 2001/1813 بتاريخ 20-11-2001، والمتعلق بطلب تصحيح تاريخ الولادة

[021]ـ عبد الرحيم بداري" دور الأحكام القضائية في ميدان الحالة المدنية" مجلة المرافعة، العدد 10، ص22.

[121]ـ قرار عدد 70 بتاريخ 18 مارس 1986، أورده عمر النافعي، نظام ح.م بالمغرب: إشكال التعميم والضبط، م.س،ص 177.

عديم الجدوى) خصوصا وأن المشرع جعل التصريح بالحالة المدنية إلزاميا بالنسبة لجميع المغاربة، وهو ما يزيد من تدعيم الحجية التي تتوفر في بيانات وثائق الحالة المدنية التي من بينها الجنس كذلك.

لقد أوجبت النصوص التشريعية لقانون الحالة المدنية ومرسومه التطبيقي على ضا بط الحالة المدنية الإشارة في رسم الولادة إلى جنس المولود اعتمادا على ما يصرح له به، وعلى الوثائق اللازمة للتصريح بالمولود كالشهادة الإدارية وشهادة الطبيب أو القابلة، والضابط يسجل المصرح به باسم من أسماء الذكور إذا كان ذكرا أو الإناث إذا كانت أنثى، وبذلك يص ير الاسم دليلا على جنسه، حيث لا يسوغ بعد ذلك تغييره في الرسم أو الوثائق الأخرى للحالة المدنية لما ينتج عن ذلك التغيير من تحريف للرسم وهو وثيقة رسمية،[221] ذات حجية في الإثبات.

ولما كان هذا البيان ذا حجية رسمية، فإن ذلك يعني أنه لا يجوز تغييره إلا بالطعن فيه بالزور، إلا أن الأمر غير ذلك إذ يجوز تغيير هذا البيان (الاسم الدال على الجنس) فقط باللجوء إلى الجهة المختصة حيث تكفي المعاينة والاستعانة بالخبرة الطبية وهو ما لا يقع عادة .[321] وإن كنا نسمع ونرى في السنوات الأخيرة عن العديد من الأشخاص الذين يغيرون جنسه م من جنس لآخر بسبب الانجراف مع التغيرات التي أصابت كل شيء، مس حتى الأشياء اللصيقة بأحوال الإنسان وتعداها إلى ذاته أيضا.[421] وهو ما يؤدي إلى تغيير هوية الأفراد، وخلق مشاكل جمة داخل المجتمع للأفراد فيما بينهم وكذلك للسلطات، كما أن استبدال الاسم الشخصي بآخر تبعا لتغيير الجنس إراديا من شأنه أن يجعل نظام الحالة المدنية عديم المغزى إذا ما استجابت المحاكم لمثل هذا الطلب .[521] وإن كان هذا الأمر لم يصل إلى المغرب لحد الآن، فإن هبوب رياحه بدأت تصل إلى بعض الدول العربية، مما قد لا يستبعد حدوثه في المغرب.

---

[221]ـ عمر النافعي، نظام الحالة المدنية بالمغرب إشكال التعميم والضبط، م.س، ص177.

[321]ـ عمر النافعي، نظام الحالة المدنية بالمغرب إشكال التعميم والضبط، م.س، ص177.

[421]ـ خالد بنيس، آفاق قانونية،شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط: 2000،ص 74.

[521] ـ خالد بنيس، آفاق قانونية، م.س، ص75.

في هذا الصدد تم عرض بعض القضايا من هذا النوع على القضاء السوري ورفض التغيير المطلوب، بعكس القضاء الأوربي الذي بعدما كان يرفض أصبح يقبل هذا التغيير مدعوما بالمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان،[621] وهو الأمر الذي يفتح الباب أمام جرائم التزوير وانتحال شخصية الغير.

[621]- القضاء الأوروبي يقبل تغيير الجنس وبالتالي تغيير الاسم والإشارة إلى ذلك في رسوم ح.م، وحتى الدول التي ترفض هذا الاعتراف بهذا التغيير ترفع ضدها دعاوى أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حيث أدانت الدول التي ترفض قبول التغيير، ومن ذلك إدانتها لبريطانيا عندما رفضت التغيير في قرار لها صادر في 15-01-2002، منشور على الانترنيت: .<www. CIEC1.org >

خا تــمـــة :

نخلص من كل ما سبق أن حماية حق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة والحالة المدنية من بين المواضيع الشائكة التي أثارت اهتمام واستقطاب العديد من الباحثين والأساتذة في المجال القانوني وخصوصا المتعلق بقانون الأسرة نظرا لحساسية الموضوع بالنسبة للشأن العام المغربي بحيث يشكل عبئا كبيرا على عاتق المشرع المغربي الذي له كل الصلاحيات لسن نصوص تشريعية تتلاءم والوضعية العامة للطفل بالمغرب .

ويمكن القول هنا أن مدونة الأسرة الجديدة لسنة 2004 قد جاءت بمجموعة هامة من المستجدات بالنسبة لجميع أفراد الأسرة المغربية من أب وأم وأطفال وأجداد ولعل أبرز ما أفرزته هذه المدونة هو جعل الولاية حقا للمرأة الراشدة تمارسها حسب اختيارها ومساواة الرجل بالمرأة في سن الزواج , كما نصت هذه الأخيرة على توسيع حق المرأة في طلب التطليق بإخلال الزوج بشرط من الشروط الزوجية .

أما بخوص الطفل فقد أتت المدونة بما يلي:

- الحفاظ على حقوق الطفل بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب مع اعتبار مصلحة الطفل في الحضانة من خلال تخويلها للأم ثم الأم فإن تعذر ذلك فإن للقاضي أن يقرر إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجبا مستقلا عن بقية عناصر النفقة مع الإسراع بالبت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد .
- حماية حق الطفل في النسب في حالة عدم توثيق عقد الزوجية لأسباب قاهرة باعتماد المحكمة البيانات المقدمة في شأن إثبات البنوة مع فتح مد ة زمنية قدرها

خمس سنوات لحل القضايا العالقة في هذا المجال رفقا للمعاناة عن الأطفال الموجودين في مثل هذه الحالة .

وهذه الحماية القانونية لحق الطفل في النسب من خلال مدونة الأسرة تعززها مجموعة من التشريعات أهمها قانون الحالة المدنية الذي يحمي حق الطفل في الهوية المتمثلة في حق التصريح بالولادة وحق الطفل في الاسم العائلي والشخصي وحجية وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب . وإن التصريح بولادة الطفل لدى سجلات الحالة المدنية يضمن له إثبات وجودة القانوني علاوة على حفظ باقي الحقوق من نسب ونفقة وإرث وحضانة وأيضا حقه في التمدرس والحصول على بطاقة التعريف الوطنية التي تثبت هويته ؛ لذا جعل المشرع المغربي التصريح بالولادة أمرا إجباريا , أما بخصوص حقوق الطفل في الاسم وحجية وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب فإن رسم الولادة يتضمن جميع البيانات المتعلقة بتحديد واقعة الولادة , حيث يشمل رقم الرسم وتاريخ الولادة محددا باليوم والشهر والسنة الهجرية والميلادية والساعة والدقيقة التي وقعت فيها الولادة ومكان وقوعها وجنس المولود وجنسيته والأسماء الكاملة لأبويه وتاريخ ولادتهما ومهنتهما وعنوان سكناهما ومجموع هذه البيانات والإجراءات التي تخ ضع لها وثائق الحالة المدنية يرمي المشرع المغربي من ورائها صيانة هوية الطفل وحفظها من كل ما من شأنه أن يطمسها أو يغيرها تماشيا مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في مجال صيانة حقوق الطفل .

لائحة المصادر والمراجع

الكتب:

- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية ص 38 وما بعدها.

- الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء 4 النشر: بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1981.

- السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة 1365هـ.

- الزرقاني: على مختصر سيدي خليل عبد الباقي الزرقاني، الجزء 4, الطبعة الأولى، سنة 1984.

- بدران أبو العينين بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية بيروت لبنان، الطبعة الأولى سنة 1982.

- جلال الجابري – الطب الشرعي و السموم – الطبعة الأولى / الإصدار الأول 2002 – الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع – عمان.

- خالد بنيس : الولادة ونتائجها، مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح البيضاء . الطبعة الأولى، سنة 1993.

- خالد بنيس، الوجيز في إشكاليات قضايا الحالة المدنية، دار أور للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط2005 .

- خالد بنيس، دعاوى الحالة المدنية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، دار النشر المعرفة، الرباط: 1994.

- عبد الكريم شهبون ،شرح مدونة الأحوال الشخصية الجزء الأول ،مطبعة النجاح الجديدة ،سنة 2006.

- محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش: 2004.

- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء، 2006.

- محمد ابن معجوز ،الجزء الثاني أحكام الأسرة في الشريعة الإس   لامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الولادة ونتائجها ،الطبعة الأولى سنة 1994.

- محمد الكشبور ، شرح مدونة الأسرة ،الجزء الثاني انحلال ميثاق الزوجية ،الطبعة الأولى 2006.

- محمد زكريا البرديسي، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف 1965.

- محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، المنشورات الجامعية المغاربية الطبعة الثانية، سنة 1989.

- مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام ،دار النهضة العربية –بيروت ، الطبعة الأولى سنة 1981.

- محمد الربيعي, الوراثة والإنسان,عالم المعرفة لطباعة والنشر الكويت ,سنة 1990.

- ناصر متيوي مشكوري،إثبات وقائع الحالة المدنية في القانون الدولي الخاص المغربي، م.س.

البحوث والرسائل الجامعية:

- احمد ميدة ومحمد رافع ،إثبات النسب بين الوسائل الشرعية والتطور العلمي ،سنة 2003-2005 .

- رشيدي مغنية: حق الطفل في النسب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق فاس السنة 2002 /2003.

- رضوان بن علال, إثبات النسب بين الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة فوج 33 سنة 2003–2005.

- فاطمة الزهراء زريوح، حميد المرنيسي: " ظاهرة الطفولة غير الشرعية بمدينة فاس " بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص الموسم الدراسي 1990 / 1991 .

- محمد الزمري ,حق الطفل في الهوية,رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ,فلس سنة 2005-2006.

- نزار مراد الحداد, إثبات النسب بين الفقه والقضاء فوج 32 سنة 2003–2005.

المقالات :

- أحمد افزاز ."نظام الحالة المدنية في التشريع المغربي " في مجلة الملحق القضائي، عدد 19، 1988.

- إدريس الفاخوري : نفي واثبات النسب بالتحاليل الطبية :"مقاربة تشريعية وقضائية وفقهية "،في رسالة الدفاع مجلة تعنى بالثقافة القانونية والمهنية, سنة 2002.

ـ أحمد الغازي الحسيني : الولد للفراش، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 130، السنة 2001.

- إبراهيم بن ناصر الحمود - مقال حول البصمة الوراثية على موقع www.islamtoday.net

ـ محمد الكشبور :(مركز الخبرة الطبية في مادة الأحوال الشخصية)،مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد مزدوج يناير فبراير ومارس ابريل 1997.

- سعيد زياد،" نظام الحالة المدنية بين وحدة الإطار التشريعي وتعدد الاختصاصات" في مجلة الملف عدد6 ماي 2005.

- عمر النفعي، الاسم الشخصي بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع 38-39، 2001، وكذلك الليل العملي للحالة المدنية، منشورات مركز التوثيق للجماعات ال محلية الصادر عن وزارة الداخلية.

- عبد القادر لطفي،" الحالة المدنية واثبات النسب" في مجلة الدفاع، العدد 3، فبراير 2002.

- يوسف وهابي:"تحاليل البصمة الوراثية (أ.د.ن.A.D.N) ودورها في إثبات ونفي النسب دراسة مقارنة ،مجلة الملف العدد 8-أبريل 2006.

- قرار المجلس الأعلى، الصاد ر في 1967/10/13، منشو ر بمجلة قضا ء المجلس الأعلى، العد د الأول.

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 1979، منشور بمجلة «المحاماة » العدد 17 السنة ص 122 و123.

- قرار المجلس الأعلى الصادر في 30 مارس 1983، منشور بمجلة « قضاء المجلس الأعلى » العدد 39، السنة ص 109 و110.

-   القانون بظهيى شريف رقم 239.02.1 في 3 أكتوبر 2002القاضي بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية.

- قرار رقم 73741 صادر في 26 -09-1979، أورده عبد العزيز توفيق في شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، ج1، دار الثقافة، الدار البيضاء:1995.

-   قرار عدد 1027 بتاريخ 30-07-1980 أورده ناصر متيوي مشكوري في أطروحته، م .س، ص274.

- قرار عدد 2097 بتاريخ 16 أكتوبر 1980 ذكره عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط:1999\2000،ص480.

- قرار عدد1461 بتاريخ 1988/11/26، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44.

المواقع الالكترونية:

-http://membres.lycos.fr/tawizaneghmis/Tawisa79/anir.htm

-http://membres.lycos.fr/tawizaneghmis/Tawisa79/anir.htm

- www.barreaurabat.ma

-www.islamtoday.net

الـفـــــــهــــــــرس